Die Abtretung des rechtshängigen Anspruchs nach der deutschen Zivilprozeßordnung.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

ACAD. IURIDICA BIBL.

Karl Siegel
Rechtspraktikant aus Kandel.

Approbiert am 5. Februar 1910.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1910.

Referent: Universitäts-Professor Dr. Oertmann.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Begrenzung der Abhandlung 1
§ 2. Einleitung 2
§ 3. Die Stellungnahme der deutschen Zivilprozeßordnung 7

Erster Abschnitt.

Die Abtretung des rechtshängigen Anspruchs in ihrer begrifflichen Begrenzung.

§ 4. Allgemeines 10
§ 5. Der Anspruch 10
§ 6. Die Rechtshängigkeit 14
§ 7. Die Abtretung 15
§ 8. Die Abtretung im eigentlichen Sinne 17
§ 9. Der Übergang des geltend gemachten Anspruchs kraft Gesetzes 26
§ 10. Der Übergang des geltend gemachten Anspruchs durch einen staatlichen Übertragungsakt 28

Zweiter Abschnitt.

Der Einfluß der Abtretung des rechtshängigen Anspruchs auf den schwebenden Prozeß.

§ 11. Allgemeines 31
§ 12. Die Irrelevanztheorie 32
§ 13. Die Theorie von Eccius 33
§ 14. Die Theorie von Wach 34
§ 15. Die Theorie von Kohler 35
§ 16. Die Theorie von Weidlich 36
§ 17. Die Theorie von Lippmann 37
§ 18. Würdigung der einzelnen Theorien und eigene Stellungnahme . 38
§ 19. Die Stellung des Rechtsnachfolgers 63

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543502_0020

Literaturverzeichnis.

Altmann in den Blättern für Rechtsanwendung Bd. 70 S. 519 ff.
Arndt in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 22 S. 322 ff.
Arndts, Lehrbuch der Pandekten. 12. Aufl.
Bachofen, Ausgewählte Lehren des römischen Zivilrechts. 1849.
Badische Rechtspraxis. 1902.
Begründung zum Entwurf des Gesetzes betr. Änderungen der Zivilprozeßordnung v. 17. 5. 1898.
Behrend in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 31 S. 458 ff.
Binder in den Beiträgen zur Auslegung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, begründet von Bernhöft und Binder, 1902 Heft 2.
Dernburg, Lehrbuch des preußischen Privatrechts. 4./5. Aufl.
Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens. Bd. 2. 1905.
Eccius in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 30 S. 457 ff.
Endemann, Der deutsche Zivilprozeß. Kommentar. 1878.
Förster-Eccius, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts. 7. Aufl.
Frank in der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß, begründet von Busch, Bd. 13 S. 219 ff.
Francke in den Blättern für Rechtsanwendung Bd. 69 S. 561.
Gaupp-Stein, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. Kommentar. 8. u. 9. Aufl.
Gerbaulet in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 30 S. 795 ff.
Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit nach neuem Recht. 1902.
Hanseatische Gerichtszeitung Bd. 14.
Hellwig, Anspruch und Klagerecht. 1900.
Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft. 1901.
Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 1905/06.
Hölder, Kommentar zum allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs.
Hommel, Rhapsodia quaestionum in foro cotidie obvenientium. 1783—1787.
Horn, Rechte als Objekte des Pfandrechts. 1897.
Keller, Der römische Zivilprozeß und die Aktionen. 1852.
Kohler, Der Prozeß als Rechtsverhältnis. 1888.
Kohler in der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß, begründet von Busch, Bd. 12 S. 97 ff.
Lippmann in Jherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts Bd. 45 S. 391 ff.
Mayer in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 33 S. 297 ff.

Meikel in den Blättern für Rechtsanwendung Bd. 67 S. 215 ff.
Meurer, Die juristischen Personen nach deutschem Reichsrecht. 1901.
Motive zum 3. Entwurf einer Reichszivilprozeßordnung.
Mühlenbruch, Die Lehre von der Zession der Forderungsrechte.
Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse. Kommentar. 2. Aufl.
Oertmann in der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß, begründet von Busch, Bd. 22 S. 11 ff.
Oetker im Juristischen Literaturblatt, herausgegeben von Karl Heymanns Verlag, 1890 S. 189.
Oetker, Konkursrechtliche Grundbegriffe. Bd. 1.
Petersen, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich nebst Einführungsgesetz. 5. Aufl., bearbeitet von Remelé und Anger.
Petschek, Die Zwangsvollstreckung in Forderungen.
Planck, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 1887—1895.
Planck, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Kommentar. Bd. 2 1907, Bd. 4 1906.
Protokolle der Kommission zur Ausarbeitung einer Zivilprozeßordnung für die Staaten des Norddeutschen Bundes.
Pufendorf, Elementa jurisprudentiae universalis. 1660.
Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Kommentar. Bd. 2. 1904.
Reincke, Die deutsche Zivilprozeßordnung. Kommentar. 5. Aufl.
Reinhardt in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 40 S. 71 ff.
Romeick, Zur Technik des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Heft 3.
Schmidt, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 1906.
Seuffert, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. Kommentar. 10. Aufl.
Siber, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis. 1903.
Stegemann in der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß, begründet von Busch, Bd. 17 S. 331 ff.
Struckmann-Koch, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. Kommentar. 8. Aufl.
Ullmann im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 91 S. 401.
v. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. 7. Aufl.
Wach, Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 1885.
Wach, Der Feststellungsanspruch. 1889.
Wach in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 30 S. 779 ff.
Wächter, Handbuch des in Württemberg geltenden Privatrechts. 1839—1850.
Weidlich in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 45 S. 299 ff.
Weismann, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 1903.
Wendt im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 89 S. 1 ff.
Wetzell, System des ordentlichen Zivilprozesses. 3. Aufl.
v. Wilmowski-Levy, Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz. Kommentar. 7. Aufl.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. 7. Aufl.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Aufl.
Zimmermann in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 28 S. 808 ff.
Zimmermann im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 35.

Außerdem eine Reihe von obergerichtlichen Entscheidungen, abgedruckt in der Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, in Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte, in der Juristischen Wochenschrift, in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts.

§ 1.

Begrenzung der Abhandlung.

Zweck dieser Abhandlung ist vor allem die Beleuchtung der Streitfrage, die bezüglich der prozessualen Behandlung der Streitveräußerung herrscht. Im Interesse einer knappen und doch möglichst erschöpfenden Darstellung habe ich deshalb — indem mir einzig und allein der genannte Zweck Richtpunkt war — diese Arbeit auf die Abtretung des rechtshängigen Anspruchs beschränkt. Ich glaubte dies um so mehr tun zu können, als einerseits gerade bei der cessio actionis litigiosae die Schwierigkeiten in besonderem Maße auftauchen und andrerseits sowohl die Veräußerung der streitbefangenen Sache als auch § 266 ZPO. für die Streitfrage Neues und Erhebliches nicht bieten.[1]) Daß gelegentlich die Veräußerung der res litigiosa oder auch § 266 ZPO. gestreift wird, ist im Wesen der Sache begründet. Doch soll sich grundsätzlich die Abhandlung auf die Abtretung des rechtshängigen Anspruchs nach § 265 ZPO. beschränken; insbesondere soll die prozessuale Behandlung des § 266 ZPO. — Kontumazialverfahren, Streit über die Rechtsnachfolge[2]) — ausscheiden.

---

[1]) Dabei nehme ich nicht wie Lippmann (Jahrb. f. Dogm. Bd. 45 S. 393 f.) an, daß der Fall der Veräußerung der res litigiosa auf einer andern ratio legis beruht als die Abtretung des rechtshängigen Anspruchs. Die ratio ist in beiden Fällen die Perpetuierung der prozessualen Lage desjenigen, welcher der disponierenden Partei gegenübersteht. Mit andern Worten: die ratio legis ist stets auf die Aufrechterhaltung der durch die Klage begründeten Prozeßobligation gerichtet. Lippmann führt für die Unvergleichbarkeit der beiden Fälle insbesondere an, daß man nur bei der Abtretung des litigiösen Anspruchs von einer wahren Freiheit der Veräußerung sprechen könne; dagegen existiere die Veräußerungsfreiheit des Beklagten bezüglich der res litigiosa nur unter der Bedingung, daß der Kläger nicht ein günstiges Urteil erstritten habe. Lippmann verwechselt hier die dem Beklagten zustehende Möglichkeit des Veräußerungsgeschäftes — das ist die Veräußerungsfreiheit — mit dem durch die Veräußerung zu erzielenden Erfolg. Der Beklagte hat stets die Möglichkeit, zu veräußern, und diese Möglichkeit wird nicht dadurch beschnitten, daß ein für den Kläger günstiges Urteil dem Erwerber die Sache wieder aus der Hand nimmt.

[2]) vgl. darüber vor allem Kohler, Zeitschr. f. Zivilpr. Bd. 12 S. 130 ff.

§ 2.

Einleitung.

Die Rechtsordnung sieht sich vor eine eigenartige Situation in dem Fall gestellt, daß ein Anspruch abgetreten wird, bezüglich dessen ein Rechtsstreit anhängig ist. Nach vier Seiten hin hat sie hier zu prüfen, ob sie eine solche Abtretung gestatten soll.

Sie soll dem Zedenten gerecht werden, der sich dagegen verwahrt, daß die Rechtsordnung einen ihm — wenn auch bestritten — zustehenden Anspruch völlig aus dem Verkehr ausschaltet und damit jeder Verwertung entzieht.[1]) Sie soll dem Zessionar gerecht werden, der auf sein eigenes Risiko einen zweifelhaften Anspruch erwirbt und deshalb eine Einmischung des Staates abweisen kann. Sie soll weiterhin dem Beklagten gerecht werden, der fordert, daß seine prozessuale Lage durch die Einsetzung eines neuen Gegners nicht verschlechtert werde. Vor allem soll mit Rücksicht auf die Sicherheit der Prozeßführung des Beklagten verhütet werden, daß das Prozeßverhältnis auf einer Person ruht, welche — da nicht mehr Träger des materiellen Anspruchs — rechtlich unfähig ist, den Prozeß zu führen. Der Prozeß des Veräußerers wäre vom Moment der Abtretung an ein Prozeß ohne Wirksamkeit.[2]) Schließlich soll die Rechtsordnung auch dem allgemeinen Interesse gerecht werden, das einerseits einen freien Güterumlauf verlangt, andrerseits aber im Hinblick auf die Verkehrssicherheit darauf Wert legt, daß nur in ihrer Existenz wie in ihrer Höhe unbestrittene Werte übertragen werden.

Wessen Interesse soll die Rechtsordnung hier höher stellen? Soll sie demjenigen, dessen Anspruch im Prozeß bestritten wird,

---

[1]) Dabei ist zu bedenken, daß es im Belieben eines jeden steht, das Recht eines andern in den Streit zu ziehen und damit den Verkehr dieses Rechtes zu hemmen. Vgl. Kohler, Zeitschr. f. Zivilpr. Bd. 12 S. 98.

[2]) vgl. Lord Canworth, Bellamy v. Sabine, zit. in Canadian Law, Times VII p. 205 f.; Kohler a. a. O. S. 97. Verneint man allerdings die völlige Korrespondenz zwischen materieller und prozessualer Stellung, so daß Partei nicht notwendig das Subjekt der res in judicium deducta zu sein braucht, so entfällt dieser Gesichtspunkt.

zumuten, bis zum Ende des vielleicht Jahre währenden Prozesses sich jeder Verfügung über seine Forderung zu enthalten? Ansprüche von immenser Höhe, Ansprüche, die vielleicht den größten Teil des Vermögens des Gläubigers ausmachen, können hier in Frage kommen. Darf da die Rechtsordnung eine Verwertung des Anspruchs einfach ausschließen? Und doch, gebietet nicht die Rücksicht auf eine glatte Durchführung des Prozesses, die Rücksicht auf eine sich gleichbleibende prozessuale Stellung des Beklagten, alle Komplikationen, wie sie durch den Eintritt eines neuen Gläubigers unbedingt entstehen müssen, zu vermeiden?

Eine starre Jurisprudenz wird hier andere Wege gehen als eine schmiegsame, alle Interessen abwägende. Und mit der fortschreitenden Kultur, mit der fortschreitenden Erkenntnis von der hohen Bedeutung eines freien Güterumlaufs mußte immer mehr die Schranke fallen, die der Abtretung des rechtshängigen Anspruchs gelegt war.

Das vorjustinianische römische Recht verbot nur die Veräußerung der res litigiosa,[3]) zur Abtretung des rechtshängigen Anspruchs nahm es keine Stellung. Der Grund, warum sich das ältere römische Recht mit der Abtretung des rechtshängigen Anspruchs nicht beschäftigte, liegt in der zerstörenden Wirkung der Litiskontestation[4]):

Nach l. 1 § 1 D. de litigiosis (44, 6) begann die Rechtshängigkeit des klageweise geltend gemachten Anspruchs mit dem Moment der Litiskontestation. Hat aber der Gläubiger in litem kontestiert, so hat er sein Klagerecht unwiderruflich ausgeübt. Bis de eadem re ne sit actio.[5]) Der Beklagte braucht sich daher auf eine neue Klage de eadem re nicht einzulassen, sondern kann sie mittels einer Einrede — der exceptio rei in judicium deductae — zurückweisen. Daraus ergibt sich, daß der anhängig gemachte Klageanspruch durch die Litiskontestation vernichtet worden ist.[6]) Wurde also der rechtshängige Anspruch im Moment der Litigiosität zerstört, so ergab sich für das römische Recht die einfache Konsequenz, daß die Abtretung eines derartigen Anspruchs gar nicht möglich war. Veräußerte der Gläubiger seinen Anspruch nach der Litigiosität doch, so wurde sein Rechtsnachfolger ipso jure oder ope exceptionis zurückgewiesen.[7]) [8])

---

[3]) vgl. l. 3 D. de litigiosis (44, 6).

[4]) vgl. insbesondere Arndt, Beitr. z. Erl. d. deutschen R. Bd. 22 S. 322 ff. und Wetzell, System des ordentlichen Zivilprozesses § 14 N. 47 ff.

[5]) vgl. Institutionen des Gajus IV, 98, 106—108.

[6]) vgl. auch Institutionen des Gajus III, 180.

[7]) vgl. Institutionen des Gajus IV, 106/07.

[8]) Streitfrage ist, ob wie bei dinglichen Ansprüchen auch bei persön-

Justinian führte eine Änderung herbei. Durch die Litiskontestation wurde nicht mehr der Anspruch zugleich geltend gemacht und erschöpft;[9]) vielmehr blieb der persönliche Anspruch bestehen, und damit war an sich nun die Möglichkeit gegeben, auch nach der gerichtlichen Geltendmachung den Anspruch weiterzuveräußern. Hatte nun die römische Rechtsordnung schon vorher — gleichviel aus welchen Gründen — die Veräußerung der res litigiosa untersagt, so mußte sie jetzt aus den gleichen Gründen auch die Abtretung des rechtshängigen Anspruchs verbieten. Tatsächlich zog auch Justinian diese Konsequenz: er statuierte die Unveräußerlichkeit des im Streit befangenen Anspruchs.[10])

Welches waren aber diese Gründe? Es ist oben gezeigt worden, daß man zwei Gesichtspunkte gegen die Abtretung des rechtshängigen Anspruchs vorbringen kann: Einerseits die Rücksicht darauf, daß die prozessuale Lage des Gegners nicht verschlechtert werde, andrerseits das Bestreben der Rechtsordnung, daß nur in ihrer Existenz und Höhe unbestrittene Werte an einen andern übertragen werden.

Und diese beiden Gründe — nicht allein die Rücksicht auf die prozessuale Lage des Beklagten[11]) — mögen wohl auch den Standpunkt des römischen Rechts veranlaßt haben.

Es sollte, wie l. 3 D. de litigiosis (44, 6) hervorhebt, durch das Verbot verhütet werden, daß der Kläger den Anspruch einem potentior, einem Mächtigeren, abtrete und so die Situation des Beklagten erschwere. Neben diesem ausdrücklich erwähnten

---

lichen eine obligatio naturalis zurückblieb. Nimmt man das Zurückbleiben einer solchen an, so konnte diese obligatio natürlich auch abgetreten werden. Aber die Rechtsordnung brauchte sich trotzdem nicht mit ihrer Abtretung zu befassen, weil die obligatio naturalis der gerichtlichen Geltendmachung nicht fähig ist. Über die Frage des Zurückbleibens einer obligatio naturalis vgl. Wetzell a. a. O. N. 50.

[9]) vgl. Keller, Der röm. Zivilpr. S. 254 ff.

[10]) vgl. l. 5 C. de litigiosis (8, 36). Nach anderer Auffassung soll schon eine Konstitution von Gratian, Valentinian und Theodosius aus dem Jahr 380 die Abtretung der actio litigiosa verboten haben. Die Konstitution spricht von einem ambiguum chirographum, und man will ambiguum mit streitbefangen übersetzen. Doch braucht — wie Arndt a. a. O. S. 322 mit Recht hervorhebt — ein chirographum, das ambiguum, d. h. in seiner Echtheit zweifelhaft ist, noch nicht Gegenstand eines Prozesses zu sein. Die im Text vertretene Ansicht findet sich außer bei Arndt a. a. O. auch bei Bachofen, Das Veräußerungsverbot der res lit. S. 70 und bei Windscheid, Pand. § 125 N, 3. And. A. Vangerow, Pand. § 100 N. 4 und Zimmermann, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 35 S. 440.

[11]) Arndt nimmt a. a. O. S. 324 mit Rücksicht auf l. 3 D. de litigiosis (44, 6) allein diesen Grund an; doch ist meines Erachtens auch der andere Grund nicht einflußlos gewesen.

und nach außen hin mehr erkennbaren Grund war aber dem logischen römischen Recht sicher auch noch das andere Motiv maßgehend. Wie es auf der einen Seite alle Rechtsnachfolge nach dem unerbittlichen Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet entschied, so mußte es andrerseits im Interesse der Verkehrssicherheit in jeder Weise darauf bedacht sein, daß Werte, deren Bestrittensein ihm ex officio bekannt waren, nicht weitergegeben wurden.

Sind aber diese beiden Gründe für die Stellungnahme des römischen Rechts maßgebend gewesen, so ist auch die gemeinrechtlich sehr bestrittene Frage nicht so leicht zu entscheiden, ob die Abtretung absolut nichtig war, oder ob sie wenigstens zwischen den Kontrahenten rechtlich wirkte. Eine besonders auch von Windscheid[12]) vertretene Theorie nimmt die Gültigkeit der Zession zwischen den Kontrahenten an; tatsächlich ist dann, wenn das Abtretungsverbot nur die Einschiebung eines potentior verhüten wollte, die Annahme einer absoluten Nichtigkeit der Zession durch nichts begründet. Es genügt dann die Nichtigkeit dem Beklagten gegenüber. Wollte aber die römische Rechtsordnung im Interesse der Verkehrssicherheit jede Übertragung einer bestrittenen Forderung verhindern, so mußte sie konsequenterweise die Abtretung auch für absolut nichtig erklären.

Das Verbot selbst — l. 2 C. de litigiosis (8, 37) — gibt über die Frage seiner relativen oder absoluten Wirksamkeit keinen direkten Aufschluß:

„Lite pendente actiones, quae in judicium deductae sunt, vel res, pro quibus actor a reo detentis intendit, ... minime transferri ob eodem actore licet, tamquam si nihil factum sit, lite nihilominus peragenda."

Man hat versucht, das Wort „tamquam" für die Annahme der relativen Nichtigkeit zu verwerten,[13]) indem man darauf hinwies, daß also die Rechtsordnung davon ausgehe, daß doch etwas geschehen sei. Diese Beweisführung kann jedoch nicht ausschlaggebend sein; denn darüber, daß tatsächlich etwas geschehen ist, daß tatsächlich ein Abtretungswille und Gegenwille geäußert wurde, besteht kein Zweifel, und das erkennt auch die Rechtsordnung mit dem Wort „tamquam" an. Daß dagegen rechtlich etwas geschehen ist, geht aus dem Wort „tamquam" nicht hervor. Dagegen sprechen einerseits die Wendung „minime licet" sowie das oben bereits besprochene Bestreben der Rechts-

[12]) vgl. Windscheid, Pand. § 125 N. 5; s. auch dort den Stand der Meinungen.

[13]) vgl. Arndt a. a. O. S. 325.

ordnung, nur unbestrittene Werte übergehen zu lassen, durchaus für die absolute Nichtigkeit des Veräußerungsverbotes.

Das kanonische Recht hat sich dem römischen angeschlossen, indem es das römische Veräußerungsverbot mit andern das Verhältnis der Parteien zueinander betreffenden Regeln unter der an das officium judicis gerichteten allgemeinen Vorschrift zusammenfaßte: ut lite pendente nihil innovetur.[14]) Es sollte vom Beginn des Prozesses an der rechtliche und faktische Stand der Sachlage für Richter und Parteien bindend sein.

Unter der Herrschaft des gemeinen Rechts begann man überhaupt an der Fortdauer des römischen Veräußerungsverbots zu zweifeln. In der juristischen Literatur bestanden über die Zulässigkeit der Abtretung des rechtshängigen Anspruchs nicht weniger als drei Meinungen. Die einen sahen im Anschluß an holländische Juristen das römische Veräußerungsverbot als erloschen an.[15]) Andere nahmen an, daß die Abtretung des litigiösen Anspruchs nur dann verboten sei, wenn sie erweislich ad opprimendum adversarium geschehen sei.[16]) Die überwiegende Mehrheit jedoch hielt — und zwar mit Recht; denn für die Aufhebung des Verbots kann kein Nachweis erbracht werden — an den Bestimmungen des römischen Rechts fest und behauptete das unveränderte Fortbestehen des römischen Veräußerungsverbotes.[17])

Die Praxis verhielt sich schwankend. Auf der einen Seite zeigt sich das Bestreben, das Verbot auf den Fall zu beschränken, daß durch die Abtretung die Lage des Gegners erschlechtert wurde. Diesen Standpunkt nahmen insbesondere die württembergischen Gerichtshöfe ein;[18]) auch bei den hessischen Gerichten findet sich diese Auffassung.[19])

Auf der andern Seite vertraten jedoch auch zahlreiche Gerichtshöfe die Ansicht, daß die Abtretung des litigiösen Anspruchs schlechthin verboten sei, ohne Rücksicht auf eine Schädigung des Gegners.[20])

---

[14]) vgl. Wetzell a. a. O. § 14 N. 41.

[15]) vgl. Hommel, Rhapsod. Nr. 683.

[16]) vgl. Pufendorf, Elem. jur. un. IV, 201.

[17]) vgl. Mühlenbruch, Lehre von der Zession § 31; Vangerow, Pand. Bd. 1 § 160, V N. 7; Arndts, Pand. § 113 Anm. 4, § 258 Anm. 3; Windscheid, Pand. § 125 N. 8.

[18]) vgl. Wächter, Württemb. PrivR. Bd. 2 S. 534 und Seufferts Arch. Bd. 14 Nr. 217.

[19]) vgl. Strippelmann, Entsch. d. OAppG. Cassel Bd. 5 S. 431, 432, 438.

[20]) vgl. Seufferts Arch. Bd. 5 Nr. 9 u. 10, Bd. 12 Nr. 126, Bd. 3 Nr. 21, Bd. 11 Nr. 110 u. 135.

In Bayern und Württemberg nahm später die Gesetzgebung zu der Streitfrage positiv Stellung, indem sie das Verbot aufhob.[21])

§ 3.

Die Stellungnahme der deutschen Zivilprozeßordnung.

Diesen Rechtszustand fand man vor, als man für die Staaten des Norddeutschen Bundes ein gemeinsames Prozeßrecht kodifizieren wollte. Überall in der Literatur wie in der Praxis eine Unsicherheit, ein Schwanken! Man war nicht nur über das Fortbestehen des Veräußerungsverbots im Zweifel, es herrschte auch darüber Streit, ob das Verbot relative oder absolute Wirkung habe. Und hier nun wollte die neue Prozeßordnung endlich einmal glatte Bahn schaffen. Sie wollte unzweideutig feststellen, ob das Abtretungsverbot des römischen Rechts noch wirke, und sie wollte weiterhin authentisch zu der Frage der Wirksamkeit der Abtretung zwischen den Kontrahenten Stellung nehmen.

Der Weg war ihr vorgezeichnet.[1]) Es ist schon oben betont worden, daß mit der fortschreitenden Entwicklung die Gründe, die für ein Abtretungsverbot sprechen, immer mehr zusammenschrumpfen müssen gegenüber der hohen Bedeutung eines freien Güterumlaufs.

So entstand in den Beratungen des norddeutschen Entwurfs[2]) die Bestimmung:

„Daß das aus dem römischen Recht stammende Verbot der Veräußerung streitiger Rechte aufzuheben sei".

Und die Motive zur Zivilprozeßordnung[3]) wiederholen dies mit den Worten:

„Im Interesse der Rechtseinheit bedurfte es einer gemeinsamen Regelung der Wirkungen der Veräußerung litigiöser Sachen und Klagen. Diese Regelung setzte die Beseitigung des gemeinrechtlichen Veräußerungsverbotes voraus.

---

[21]) vgl. bayer. Prozeßordnung Art. 294, 491; württemb. Prozeßordnung Art. 237.

[1]) Da die ZPO. den Paragraph in der Fassung des nordd. Entw. übernahm, so brauche ich die beiden Kodifikationen nicht getrennt zu behandeln. Dabei kann ich auch sogleich die neue Fassung der ZPO. zitieren; denn die neue Fassung sollte — wie allgemein anerkannt wird — nur redaktionelle Änderungen bringen, sachlich aber alles beim alten lassen (Begründung zur Novelle S. 105).

[2]) Prot. d. nordd. Entw. S. 562ff.

[3]) Mot. zu §§ 228ff. des 3. Entw. einer RZPO. S. 189—191.

Da dasselbe legislativ nicht gerechtfertigt ist, so hat der Entwurf kein Bedenken tragen können, das Verbot im Anschluß an den Norddeutschen Entwurf § 200 aufzuheben."

Die Rechtsordnung wollte also zunächst nicht aussprechen: „Die Abtretung eines rechtshängigen Anspruchs ist nunmehr gültig", sie sagte nur: „Die Abtretung ist nicht mehr ungültig". In diesem negativen, derogatorischen[4]) Sinne ist Abs. 1 des § 265 ZPO. zu fassen:

„Die Rechtshängigkeit schließt das Recht der einen oder andern Partei nicht aus, den geltend gemachten Anspruch abzutreten".

Hatte so die Zivilprozeßordnung nunmehr das Abtretungsverbot aufgehoben, so mußte sie jetzt die Wirkungen der Streitabtretung regeln. Sie mußte zu der Frage Stellung nehmen, welchen Einfluß die Abtretung auf den zwischen dem Zendenten und Beklagten anhängigen Prozeß habe. Dabei mußte sie vor allem den Grundgedanken jeder Zession aufrechterhalten: Die Lage des Schuldners darf durch die Zession nicht verschlechtert werden. Sie mußte also eine Fassung finden, die Rücksicht nimmt auf die prozessuale Lage des Beklagten. Zugleich mußte sie darauf bedacht sein, die naheliegende Gefahr zu vermeiden, daß der Zessionar seinen Anspruch selbständig verfolgt und damit das Ergebnis des Prozesses seines Rechtsvorgängers hinfällig macht. Die Motive[5]) sagen bezüglich der Wirkung der Streitabtretung:

„Bei Feststellung der Wirkungen einer Veräußerung mußte die Erwägung leitend sein, daß durch eine derartige Abtretung zum Nachteil des Gegners weder dessen Lage während des Prozesses verändert, noch das Ergebnis des Prozesses unwirksam gemacht werden darf".

Dem Grundsatz der Aufrechterhaltung der früheren Position des Beklagten entspricht § 265 Abs. 2 ZPO.:

„Die Abtretung hat auf den Prozeß keinen Einfluß. Der Rechtsnachfolger ist nicht berechtigt, ohne Zustimmung des Gegners den Prozeß als Hauptpartei an Stelle des Rechtsvorgängers zu übernehmen oder eine Hauptintervention zu erheben. Tritt der Rechtsnachfolger als Nebenintervenient auf, so findet § 69 keine Anwendung".

[4]) Übereinstimmend Paul Mayer in Beitr. z. Erl. d. deutschen R. Bd. 33 S. 319; Weidlich ebenda Bd. 45 S. 285. Die negative Bedeutung des § 265 Abs. 1 ZPO. erklärt sich übrigens auch schon aus dem Umstand, daß die ZPO. ausgeht von der Wirkung der Rechtshängigkeit und in diesem Sinne der Rechtshängigkeit die Wirkung einer Beschlagnahme des Anspruchs abspricht.

[5]) vgl. N. 3.

Dabei ist ausdrücklich erwähnt, daß dem Zessionar der Eintritt in den schwebenden Prozeß nur mit Einwilligung des Beklagten erlaubt ist. Es war der Vorschlag gemacht worden, den Rechtsnachfolger auch ohne Zustimmung des Gegners in den Prozeß eintreten zu lassen. Doch ging die Kommission[6]) von dem Standpunkt aus, daß bereits der Eintritt des Erwerbers einen Nachteil für den Gegner bilde und deshalb nicht ohne seine Zustimmung gestattet werden dürfe.

Die Unwirksamkeit des Prozeßergebnisses wird dadurch vermieden, daß in § 325 ZPO. die Ausdehnung der Rechtskraft des Urteils auf denjenigen ausgesprochen ist, der nach Eintritt der Rechtshängigkeit Rechtsnachfolger der Partei geworden ist. Dabei mußte allerdings die Rechtsordnung konsequenterweise die Einschränkung machen, daß derjenige, der nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts seinen Anspruch von einem Nichtberechtigten wirksam erworben hat,[7]) sich die Ausdehnung der Rechtskraft nicht zu gefallen lassen braucht (§ 325 Abs. 2). Sein Recht ist von dem Recht seines „Vorgängers" unabhängig; infolgedessen kann auch die bezüglich dieses Vorgängers ergehende Entscheidung für ihn nicht bindend sein.

Aus diesem Grund kann auch der Beklagte dann, wenn der Erwerber den Anspruch unabhängig vom Rechte des Vorgängers wirksam erworben hat, dem klagenden Vorgänger den Einwand der mangelnden Aktivlegitimation entgegensetzen (§ 265 Abs. 3). Denn da die Rechtskraft des bezüglich des Vorgängers erlassenen Urteils nicht auf den Erwerber hier ausgedehnt wird, kann dem Beklagten nicht zugemutet werden, einen Prozeß zu führen, der für ihn ohne praktische Konsequenzen ist.

Der Ausdehnung der Rechtskraft auf den Rechtsnachfolger korrespondiert dann die Bestimmung des § 727 ZPO., daß für den Rechtsnachfolger des in dem Urteil bezeichneten Gläubigers eine vollstreckbare Ausfertigung erteilt werden kann.

---

[6]) Kommission zur Ausarbeitung d. nordd. Entw. Vgl. Prot. S. 566.

[7]) vgl. dazu insbesondere Wendt, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 89 S. 1ff.; Hellwig, Lehrb. Bd. 1 S. 352ff. Auf Einzelheiten glaube ich nicht eingehen zu müssen, da die Frage des gutgläubigen Rechtserwerbs auf einem anderen Gebiet liegt. Zu bemerken ist nur, daß der gute Glaube des Erwerbers sich auf die Rechtshängigkeit beziehen muß. Zu den Erfordernissen, die das bürgerliche Recht also bezüglich des guten Glaubens stellt, muß noch hinzukommen, daß der Erwerber die Rechtshängigkeit des zu erwerbenden Anspruchs im Moment des Erwerbs nicht kennt bezw. nicht kennen muß. (Vgl. Hellwig, Wesen und subjektive Grenzen der Rechtskraft S. 195f.; Romeick, Zur Technik des BGB. Bd. 3 S. 118ff.

Erster Abschnitt.

Die Abtretung des rechtshängigen Anspruchs in ihrer begrifflichen Begrenzung.

§ 4.

Allgemeines.

Es handelt sich zunächst darum, festzustellen, wann die Voraussetzungen für die Anwendung des § 265 gegeben sind. Aus der Formulierung des Paragraphen ergeben sich von selbst drei Richtpunkte:

1. Es muß ein im Prozeß geltend gemachter Anspruch vorliegen.
2. Der Anspruch muß rechtshängig sein.
3. Der Anspruch muß abgetreten werden.

Nach diesen drei Seiten hin ist zu prüfen, was in den Rahmen des § 265 ZPO. fällt.

§ 5.

Der Anspruch.

Zunächst entsteht die Frage, ob „Anspruch" als Leistungsanspruch im Sinne des § 194 BGB. zu fassen ist. Das bürgerliche Recht versteht unter Anspruch im Anschluß an Windscheid[1]) das Recht, von einem andern ein Tun oder Unterlassen zu verlangen. Es würde dann unter § 265 ZPO. nur der Anspruch des materiellen Rechts fallen, mag er nun persönlicher oder dinglicher Natur sein. Dies hieße aber dem Begriff zu enge Grenzen ziehen.

Die Zivilprozeßordnung spricht von dem geltend gemachten Anspruch ohne jede Einschränkung. Daraus folgt, daß sie unter Anspruch jeden Anspruch versteht, soweit er überhaupt im Prozeß geltend gemacht werden kann. Im Prozeß können nun

---

[1]) vgl. Windscheid-Kipp, Lehrb. des Pandektenrechts § 43.

nicht bloß Leistungsansprüche geltend gemacht werden; der heutige Prozeß hat nicht mehr den Charakter eines einseitigen Kondemnationsprozesses, wie dies unter römischem Einfluß der Fall war; er verurteilt nicht mehr allein zur Zahlung, er hat heute ein weiteres Feld gewonnen. Er läßt heute auch Ansprüche zu auf Feststellung, auf Rechtsgestaltung, auf Sicherung der Zwangsvollstreckung.[2]) Alle diese Ansprüche können im Prozeß geltend gemacht werden und fallen infolgedessen auch unter den Anspruchsbegriff des § 265 ZPO. Dabei bietet die zuerst von Wach[3]) aufgestellte und nunmehr fast durchweg angenommene Figur des Rechtsschutzanspruchs — wie in so vielen Fällen — auch hier die Möglichkeit, einen einheitlichen Gesichtspunkt zu gewinnen. Der Feststellungsklage, der Rechtsgestaltungsklage wie der Arrestklage ist das eine gemeinsam, daß überall ein Anspruch gegen den Staat geltend gemacht wird: der Anspruch auf ein Urteil bestimmten Inhalts.

Und dieser Anspruch kann abgetreten werden.[4]) Allerdings kann er nicht selbständig veräußert werden, sondern mit ihm und logisch vor ihm muß stets auch der materiellrechtliche Anspruch, das materiellrechtliche Rechtsverhältnis abgetreten werden, aus dem der Rechtsschutzanspruch hervorgeht und das er voraussetzt. Man darf nicht so weit gehen, die Abtretungsmöglichkeit des Rechtsschutzanspruches überhaupt zu verneinen. Soweit der Rechtsschutzanspruch die Rechtsfolge des abgetretenen materiellrechtlichen Tatbestandes ist, steht seiner Abtretung nichts im Wege. Dies ergibt sich allerdings nicht aus § 265 ZPO.,[5]) wohl aber aus § 266:

A behauptet durch positive Feststellungsklage, es stehe ihm als Eigentümer seines Grundstücks zu Lasten des Grundstücks des B eine Dienstbarkeit zu (§ 1018 BGB.). Pendente lite verkauft A sein Grundstück an C. Nach § 266 kann nun C ohne weiteres in den Prozeß eintreten und nunmehr selbst die positive Feststellungsklage des A geltend machen. Wie kommt C dazu? Er kann nur dadurch dazu kommen, daß der von A geltend ge-

---

[2]) vgl. Gaupp-Stein vor § 253.

[3]) Wach, Lehrb. Bd. 1 S. 19 ff.; Feststellungsanspruch S. 15 ff.

[4]) Die in den meisten Kommentaren aufgestellte Behauptung der Inzessibilität des Rechtsschutzanspruchs ist nur insoweit richtig, als der Rechtsschutzanspruch selbständig nicht veräußert werden kann. Da übrigens allgemein anerkannt ist, daß der Feststellungsanspruch und die obengenannten ähnlichen Gebilde unter § 265 fallen, so ist die Frage nur eine theoretische. Doch ist die Frage wegen der Gewinnung eines einheitlichen Gesichtspunktes immerhin nicht unerheblich.

[5]) vgl. Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse zu § 398 S. 271.

machte Feststellungsanspruch auf ihn übergegangen ist. Dabei ist es ganz gleichgültig, ob der Übergang expressis verbis erfolgt ist und so eine Abtretung κατ' ἐξοχήν vorliegt oder ob der Abtretungswille des Veräußerers aus der Veräußerung geschlossen und fingiert wird.[6])

Man wird also sagen müssen, daß der Rechtsschutzanspruch stets dann — aber auch nur dann — abgetreten werden kann, wenn er aus einem abgetretenen materiellen Tatbestand sich ergibt. Die Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamburg (Rechtspr. d. OLG. Bd. 8 S. 46), die in der Regel für die Inzessibilität des Rechtsschutzanspruches angeführt wird, handelt von einer negativen Feststellungsklage, die nicht der Ausfluß eines übertragenen materiellen Tatbestandes ist, sondern wie zumeist negative Feststellungsklagen auf der Persönlichkeit, auf der Rechtslage des Abtretenden beruht. Ein solcher Rechtsschutzanspruch kann natürlich nicht abgetreten werden.[7]) Sieht man im Rechtsschutzanspruch zugleich den Anspruch gegen den Gegner auf Duldung des Urteils,[8]) so nähert er sich schon mehr der zivilistischen Natur und dem Anspruch des materiellen Rechts, und dann kann die Möglichkeit seiner Abtretung erst recht nicht bestritten werden.

Der Grund, den Gaupp-Stein dafür anführt, daß dem Ausdruck „Anspruch" der Begriff des Rechtsschutzanspruches nicht untergelegt werden dürfe,[9]) ist unzutreffend. Er begründet seine Ansicht damit, daß der Sprachgebrauch zur Zeit der Entstehung der Zivilprozeßordnung einen andern Anspruchsbegriff als den materiellrechtlichen nicht kannte. Dann dürfte aber Gaupp-Stein unter Anspruch im Sinne der Zivilprozeßordnung nur den materiellrechtlichen anerkennen, während er vor § 253 II, 4 S. 546 eine ausdehnende Interpretation des Anspruchsbegriffs befürwortet.[10])

---

[6]) vgl. darüber unten § 7 N. 2.

[7]) Die Abtretung eines negativen Feststellungsanspruchs ist dagegen z. B. dann möglich, wenn A durch negative Feststellungsklage behauptet, auf seinem Haus ruhe keine dem B zustehende Hypothek. Verkauft hier A sein Haus an C, so geht die negative Feststellungsklage an C über.

[8]) vgl. Siber, Rechtszwang S. 73 ff.

[9]) Gaupp-Stein vor § 253 III N. 44 S. 548.

[10]) Gaupp-Stein versteht unter Anspruch die Rechtsfolge des geltend gemachten Tatbestandes, über die geurteilt werden soll (vgl. zu § 265 III b). Dabei muß er eigentlich doch auf meine Auffassung kommen. Denn zum Begriff des Anspruchs gehört, daß er sich gegen irgend jemand richtet. Ein Anspruch ohne Beziehung zu jemand ist begrifflich undenkbar. Wenn nun hier der Anspruch die Rechtsfolge des geltend gemachten Tatbestandes ist, so kann sich dieser Anspruch nur gegen den Staat richten und stellt sich eben als Rechtsschutzanspruch dar.

Es besteht natürlich kein Grund dagegen, daß auch Schadensersatzansprüche abgetreten werden können. Leitet sich der Schadensersatzanspruch aus der durch Klage geltend gemachten und bestrittenen Beschädigung eines Grundstücks, so kann man hier selbstverständlich nicht sagen, daß mit der Veräußerung des Grundstücks auch der geltend gemachte Schadensersatzanspruch übergegangen ist. Denn hier ist der Schadensersatzanspruch nichts aus dem Grundstück Herausfließendes, sondern ein rein selbständiger Anspruch, der auch selbständig abgetreten werden kann.

Besonderes ergibt sich bei der Inzidentfeststellungsklage: A behauptet, es stehe seinem Grundstück eine Dienstbarkeit zu Lasten des Grundstücks des B zu. B bestreitet sowohl, daß A an dem angeblich berechtigten Grundstück Eigentum habe, als auch das Vorhandensein einer Dienstbarkeit. Darauf beantragt A durch positive Inzidentfeststellungsklage, zu konstatieren, daß er (A) Eigentümer sei. Rechtshängig ist also nunmehr der Eigentumsanspruch des A und der Anspruch auf Grunddienstbarkeit. Während nun die Inzidentfeststellungsklage noch schwebt, veräußert A sein Grundstück an C.[11])

Soweit es sich nun um die Eigentumsfrage handelt — also während der Schwebe der Inzidentfeststellungsklage —, gelten die Grundsätze des § 265 ZPO. Es kann also C nur mit Zustimmung des B in den Prozeß eintreten. Soweit es sich dagegen um den übergegangenen Anspruch auf Grunddienstbarkeit handelt, ist C nach § 266 ZPO. ohne weiteres zur Aufnahme des Prozesses berechtigt.

Da die Widerspruchsklage des § 771 ZPO. — Exekutionsinterventionsklage — nichts weiter ist als eine positive Feststellungsklage[12]) mit dem petitum, zu konstatieren, daß die Zwangsvollstreckung von Anfang an unrechtmäßig war, so ergibt sich von selbst, daß auch der in dieser Klage geltend gemachte Anspruch abgetreten werden kann. Natürlich ist dabei Voraussetzung, daß das die Zwangsvollstreckung hindernde Recht veräußert wird.

Aus dem gleichen Grunde fallen Ansprüche unter § 265, die sich gemäß § 722[13]) auf Erteilung eines Vollstreckungsurteils

---

[11]) Mit der Veräußerung des Grundstücks geht zugleich der Anspruch auf Grunddienstbarkeit auch ohne ausdrückliche Abtretung über. Vgl. darüber oben § 5 N. 6 und unten § 7 N. 2.

[12]) Auf die bekannte Kontroverse bezüglich der juristischen Natur dieser Klage ist hier nicht einzugehen.

oder gemäß § 731[13]) auf Erteilung der Vollstreckungsklausel richten, sofern der materielle Anspruch abgetreten wird.

§ 6.

Die Rechtshängigkeit.

Die Rechtshängigkeit beginnt normalerweise mit der Erhebung der Klage[1]) und endigt mit der formellen Rechtskraft des Urteils.[2]) Beim Mahnverfahren genügt die Zustellung des Zahlungsbefehls.[3]) Wenn also nach Zustellung des Zahlungsbefehls der Mahngläubiger seinen Anspruch abtritt, so kommen die Grundsätze des § 265 zur Anwendung.

Besonders hervorgehoben muß werden, daß durch die im Prozeß erklärte Aufrechnung die Rechtshängigkeit nicht begründet wird.[4]) Man hat gegen die Abtretungsmöglichkeit des aufrechnungsweise geltend gemachten Anspruchs den Umstand geltend gemacht, daß durch die Aufrechnungserklärung die Forderung als mit dem Zeitpunkt erloschen gilt, in dem sie der Forderung des Klägers als zur Aufrechnung geeignet gegenübertrat (§§ 388, 389 BGB.).[5]) Die aufgerechnete Forderung sei durch die Erklärung erloschen und könne deshalb nicht mehr abgetreten werden. Dies ist indessen nur insoweit richtig, als die Voraussetzungen des § 387 BGB. vorliegen. Ein Erlöschen der aufgerechneten Forderung kann nur dann erfolgen, wenn die Aufrechnungserklärung rechtlich wirksam ist, wenn also die Vorbedingungen der rechtlichen Wirksamkeit dieser Erklärung erfüllt sind. Dazu gehört vor allem, daß zwei Forderungen bestehen. Einerseits ist es nun möglich, daß die Forderung des Klägers

---

[13]) vgl. Gaupp-Stein zu § 265 III b S. 603.

[1]) vgl. § 263 ZPO. Auf Einzelheiten braucht nicht eingegangen zu werden. Nicht durch Klageerhebung, sondern durch Geltendmachen in der mündlichen Verhandlung wird ein Anspruch rechtshängig in den Fällen der Widerklage (§ 33 ZPO.), der Inzidentfeststellungsklage (§ 280 ZPO.), sowie der Klageerweiterung und Klageänderung (§§ 264, 268, 269, 527, 529 Abs. 2, 614 ZPO.). In den Fällen der §§ 302 Abs. 4, 541 Abs. 2, 600 Abs. 2, 717 Abs. 2 gilt der Anspruch kraft einer gesetzlichen Fiktion schon vor seiner Geltendmachung als rechtshängig. Vgl. Gaupp-Stein zu § 263 I S. 593.

[2]) § 705 ZPO.

[3]) § 693 ZPO.; vgl. auch RGE. Bd. 58 S. 98; Altmann, Bl. f. RA. Bd. 70 S. 519.

[4]) Die Frage ist sehr bestritten. Eine eingehende Untersuchung liegt nicht im Sinne dieser Arbeit. Immerhin scheint mir der oben vertretene Standpunkt richtig. Vgl. insbesondere auch die Kommentare von Wilmowski-Levy, Seuffert, Petersen und jetzt auch Gaupp-Stein zu § 145 ZPO. sowie RGE. Bd. 6 S. 422, Bd. 16 S. 373, Bd. 18 S. 408, Bd. 27 S. 299.

[5]) vgl. Petersen zu § 265 I, 2 S. 522.

nicht besteht, andrerseits kann es auch sein, daß sonstige Voraussetzungen der Kompensibilität nicht gegeben sind. Man darf deshalb die Abtretungsmöglichkeit einer aufgerechneten Forderung nicht ohne weiteres verneinen. Die Abtretung einer derartigen Forderung fällt jedoch nicht in den Rahmen des § 265, da die Aufrechnung Rechtshängigkeit nicht begründet.

Bezüglich der Beendigung der Rechtshängigkeit ist besonders zu betonen, daß durch das Anerkenntnis die Rechtshängigkeit nicht aufgehoben wird.[6]) Dies ist besonders wichtig für den Fall, daß ein Anspruch nur in seiner Höhe bestritten wird. Hat A 100 eingeklagt und B davon 50 anerkannt, so bleibt — falls kein Teilurteil ergeht — gleichwohl der ganze Anspruch rechtshängig. Wenn daher A seinen Anspruch auf die anerkannten 50 an C abtritt, so gelten trotzdem die Grundsätze des § 265.[7])

Es kann vorkommen, daß eine Forderung vor der Rechtshängigkeit abgetreten wird, die Abtretung aber erst nach Eintritt der Rechtshängigkeit dem Schuldner angezeigt wird. Hier kommen keineswegs die Bestimmungen des § 265 zur Anwendung. Denn die Gültigkeit der Abtretung ist nicht abhängig von einer Mitteilung an den Schuldner.[8])

§ 7.

Die Abtretung.

Unter Abtretung ist jede Übertragung des geltend gemachten Anspruchs zu verstehen, also die Übertragung einer Berechtigung.[1]) Abtretung ist nur ein speziellerer Ausdruck für Veräußerung. Konkretes wird veräußert, Abstraktes wird abgetreten.

Es kommt nicht darauf an, daß das Abtretungsgeschäft den geltend gemachten Anspruch zum ausdrücklichen Gegenstand hat. Der Anspruch kann vielmehr durch den sonstigen Veräußerungsakt mit übertragen werden.[2]) Es ist deshalb auch die Ansicht Arndts[3]) nur zum Teil richtig, der annimmt, § 266 sei keine Ausnahme von § 265, da im Fall des § 266 die Vor-

---

[6]) vgl. auch RGE. Bd. 45 S. 409.

[7]) Der Abtretung eines Teilanspruchs steht nichts im Wege. Wenn die Rechtsordnung die Abtretung des geltend gemachten Anspruchs gestattet, so gestattet sie auch die Abtretung des geltend gemachten Teilanspruchs, der gegenüber dem Ganzen das Minus darstellt.

[8]) vgl. Hamb. HGZ. (B) Bd. 14 S. 36.

[1]) vgl. Gaupp-Stein zu § 265 II N. 2 S. 601.

[2]) vgl. oben § 5 N. 6, 11.

[3]) Beitr. z. Erl. d. deutschen R. Bd. 22 S. 332.

aussetzungen des § 265 gar nicht gegeben seien. Arndt führt für seine Auffassung folgendes an: Wenn über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechts an einem Grundstück ein Rechtsstreit anhängig ist (oder einer Verpflichtung, welche auf einem Grundstück ruhen soll) und dieses Grundstück wird pendente lite veräußert, so wird nicht der geltend gemachte Anspruch veräußert, sondern das Grundstück. Dabei übersieht Arndt, daß mit der Veräußerung des Grundstücks zugleich auch die Ansprüche, die sich aus dem Grundstück ergeben, ipso iure mit abgetreten werden. Hat der Eigentümer eines Grundstücks durch positive Feststellungsklage geltend gemacht, daß seinem Grundstück ein Recht zustehe, oder hat er durch negative Feststellungsklage geltend gemacht, daß keine Verpflichtung auf seinem Grundstück ruhe, so geht dieser geltend gemachte Anspruch mit der Veräußerung des Grundstücks mit über, und in diesen beiden Fällen wären die Voraussetzungen des § 265 gegeben. Hier wirkt also § 266 exzeptionell.

Nur in den beiden andern denkbaren Fällen, wenn der Gegner des Grundstückseigentümers behauptet, es ruhe eine Verpflichtuug auf dem Grundstück oder dem Grundstück stehe kein Recht zu, kann man von einer Abtretung des geltend gemachten Anspruchs nicht reden. Und hier hat dann § 266 nicht die Bedeutung einer Ausnahmevorschrift. Überflüssig ist jedoch § 266 auch hier nicht, weil aus seiner Fassung hervorgeht, daß selbst dann, wenn die Voraussetzungen des § 265 nicht gegeben sind, der frühere Grundstückseigentümer den Prozeß weiterführen kann. Wenn der neue Grundstückseigentümer und der Gegner nichts einzuwenden haben, kann der frühere Eigentümer im Prozeß verbleiben.[4])

Wenn § 265 von „abtreten“ spricht, so soll damit nicht gesagt sein, daß unter diesen Paragraphen nur die vom Zedenten rechtsgeschäftlich zunächst gewollte Abtretung — Abtretung im eigentlichen Sinne — fällt. Man muß vielmehr davon ausgehen, daß die Rechtsordnung im Interesse eines freien Güterumlaufs den rechtshängigen Anspruch bezüglich seiner Beweglichkeit gerade so behandeln wollte, als sei er nicht rechtshängig. Es soll also die Rechtshängigkeit kein Hindernis mehr dafür sein, daß der Anspruch in andere Hände übergeht. Es ist daher gleichgültig, ob eine Abtretung des Anspruchs im eigentlichen Sinne vorliegt, oder ob der Übergang kraft Gesetzes erfolgt, indem der Anspruch als Folge eines andern Rechtsaktes über-

[4]) Es ist oben nur die Feststellungsklage behandelt; doch gilt bei Leistungsklagen, soweit sie unter § 266 fallen, das gleiche.

geht. Schließlich fallen auch die Fälle in den Rahmen des § 265, wo der Übergang des Anspruchs durch einen staatlichen Übertragungsakt vermittelt wird.

§ 8.

Die Abtretung im eigentlichen Sinne.

Bei der Abtretung im eigentlichen Sinne macht es keinen Unterschied, ob sie eine translative oder konstitutive[1]) ist, ob also der Anspruch in seinem ganzen Umfang übergeht, oder ob an diesem Anspruch ein neues Recht nach dem Willen des Zedenten erst erzeugt und übertragen wird. Es fallen deshalb auch Pfandrecht und Nießbrauch, die an dem geltend gemachten Anspruch, insbesondere an der geltend gemachten Forderung,[2]) bestellt werden, unter die Grundsätze des § 265.

Forderungspfandrecht und Forderungsnießbrauch gleichen sich darin, daß sie obligatorischer Natur sind. Beide sind eigentlich nicht Rechte an der Forderung, wie das Gesetz sich ausdrückt, sondern sie sind Stücke der Forderung selbst.[3]) Wenn der Gläubiger seine Forderung im Prozeßweg geltend macht und er begründet dann pendente lite einen Nießbrauch oder ein Pfandrecht an dieser Forderung, so tritt er ein Stück der Forderung, das er — wenn auch nur latent — geltend gemacht hatte, ab. Der Erwerber des Rechts wird also in diesem Umfang Rechtsnachfolger des Forderungsgläubigers (vgl. auch RGE. Bd. 15 S. 370 und Seufferts Arch. Bd. 49 Nr. 283). Daher kommen die Bestimmungen des § 265 zur Anwendung. Der Forderungsgläubiger bleibt also auch in den Fällen, wo er nicht mehr zur Prozeßführung legitimiert wäre, legitimiert,[4]) und der Rechtsnachfolger kann nur mit Einwilligung des Beklagten in den Prozeß eintreten.

Auch die Vermögensverschiebungen, welche durch die Be-

---

[1]) vgl. Seuffert zu § 265 Nr. 4.

[2]) Ich spreche im folgenden nur vom Forderungspfandrecht und Forderungsnießbrauch. Pfandrecht und Nießbrauch „an“ andern Rechten sind aber ebenso zu behandeln.

[3]) vgl. Horn, Rechte als Objekte des Pfandrechts S. 57.

[4]) Der Forderungsgläubiger verliert nicht immer die Legitimation. Z. B. bei auf Zinsen ausstehenden Forderungen kann der Forderungsgläubiger auch bei einer nicht rechtshängigen Forderung noch nach der Bestellung des Nießbrauchs auf Zahlung des Kapitals klagen, allerdings mit dem petitum, an ihn und den Nießbraucher gemeinschaftlich zu zahlen. Vgl. §§ 1076, 1077 BGB.; s. auch §§ 1073, 1074 BGB. und bezüglich des Pfandrechts §§ 1281, 1282 BGB.

gründung und Aufhebung des ehelichen Güterrechts eintreten, fallen unter die Grundsätze des § 265.[5])

Hat beim gesetzlichen Güterstand die Frau einen Rechtsstreit bezüglich eines Anspruchs geführt, der nach der Verehelichung zum eingebrachten Gut gehört, so erwirbt der Ehemann vom Moment der Eheschließung an die Nutzungen des eingebrachten Guts wie ein Nießbraucher.[6]) Es liegt also grundsätzlich gerade so, als hätte die Ehefrau an dem rechtshängigen Anspruch einen Nießbrauch bestellt. Es gilt dann das gleiche, was beim Nießbrauch gesagt wurde. Die Ehefrau bleibt zur Fortführung des Rechtsstreits legitimiert.

Nach § 1380 BGB. ist allerdings der Ehemann befugt, ein zum eingebrachten Gut gehöriges Recht im eigenen Namen geltend zu machen. Dieser Bestimmung ist jedoch nicht die Bedeutung zuzumessen, daß entgegen den Grundsätzen des § 265 der Ehemann ohne Zustimmung des Gegners den Prozeß übernehmen kann. § 1380 will nur die Fälle treffen, wo es sich um die selbständige Geltendmachung handelt, nicht um die Übernahme eines schwebenden Prozesses. Eine Durchbrechung des Prinzips des § 265, dem Beklagten keinen neuen Gegner entgegenzustellen, wäre in keiner Weise gerechtfertigt. Übrigens spricht § 1407 Nr. 1 BGB. der Ehefrau ausdrücklich das Recht zu, einen zur Zeit der Eheschließung anhängigen Rechtsstreit fortzusetzen.

Bei der allgemeinen Gütergemeinschaft, der Mobiliargemeinschaft und der Errungenschaftsgemeinschaft fallen, wenn ein Rechtsstreit vor dem Güterrechtsvertragsschluß bezüglich eines Anspruchs geführt wurde, der Sondergut bezw. eingebrachtes Gut wird, dem Gesamtgut die Nutzungen zu.[7]) Es liegt also dann grundsätzlich so, als ob von dem einen Ehegatten den Eheleuten als Gesamthändern ein Nießbrauchsrecht an dem behaupteten Anspruch bestellt wäre, und es gilt das gleiche, was oben beim gesetzlichen Güterstand gesagt wurde. Der jeweilige Ehegatte bleibt zur Fortführung des Rechtsstreits legitimiert.[8])

Wurde bei der allgemeinen Gütergemeinschaft und Mobiliargemeinschaft ein Rechtsstreit bezüglich eines Anspruchs geführt, der Gesamtgut wird, so wird mit dem Vertragsschluß der Anspruch in seiner Totalität an die Eheleute abgetreten.[9]) Hier

---

[5]) s. Gaupp-Stein zu § 265 III Abs. 1 und Seuffert zu § 265.
[6]) vgl. § 1383 BGB.
[7]) vgl. §§ 1439, 1525, 1550 Abs. 2 BGB.
[8]) Bezüglich des Fortführungsrechtes der Ehefrau vgl. auch §§ 1454, 1525 Abs. 2, 1550 Abs. 2 in Verb. mit § 1407 Nr. 1 BGB.
[9]) vgl. § 1438 BGB.

liegt eine translative Übertragung vor, und die Bestimmungen des § 265 kommen ebenfalls zur Anwendung. Es bleibt der Ehemann oder die Ehefrau auch nach der Begründung des Güterrechts zur Fortführung des Prozesses legitimiert.[10]) Wenn § 1443 BGB. dem Ehemann ein Prozeßführungsrecht bezüglich des Gesamtgutes zuspricht, so geschieht dies mit Rücksicht auf die Stellung des Mannes als Vertreter und Verwalter des Gesamtgutes. § 1443 will weiter nichts sagen, als daß überall, wo Mann und Frau als Gesamthänder Subjekte des materiellen Anspruchs sind, der Mann das Recht hat zu klagen. Wo aber — wie hier — Mann und Frau als Gesamthändern ohne Einwilligung des Gegners der Prozeßeintritt versagt ist, kann auch der Vertreter des Gesamtgutes nicht klagen. § 1443 will, wie auch § 1380,[11]) den Grundsatz der Aufrechterhaltung der prozessualen Lage des Gegners nicht durchbrechen.

Bei der Errungenschaftsgemeinschaft wird Gesamtgut nur, was während der Ehe erworben wird. Wird nun seitens eines der (späteren) Ehegatten vor dem Güterrechtsvertragsschluß ein Anspruch im Prozeßweg geltend gemacht, so wird er als zur Zeit der Klageerhebung bereits entstanden prätendiert und geht deshalb durch den Güterrechtsvertrag nicht in andere Hände über. Das ergehende Urteil hat keine konstitutive, den Erwerb erst bewirkende, sondern deklaratorische Bedeutung. Es ist also bei der Errungenschaftsgemeinschaft nicht möglich, daß ein Rechtsstreit bezüglich eines Anspruchs geführt wird, der durch den Güterrechtsvertrag ins Gesamtgut fällt.[12])

Entsprechend ist die rechtliche Situation bei der Aufhebung des ehelichen Güterrechts.

Hat beim gesetzlichen Güterstand der Ehemann gemäß § 1380 BGB. eine Forderung geltend gemacht, die zum eingebrachten Gut seiner Ehefrau gehörte und wird der gesetzliche Güterstand während der Rechtshängigkeit dieser Forderung aufgehoben, so

---

[10]) Bezüglich des Prozeßfortführungsrechts der Frau vgl. auch §§ 1454, 1549.

[11]) s. oben S. 18.

[12]) Unrichtig Gaupp-Stein zu § 52 IV d. Gaupp-Stein spricht bei der Errungenschaftsgemeinschaft — wenn der Güterstand während des Prozesses der Frau eintritt — der Frau die Legitimation zur Prozeßfortführung mit Rücksicht auf § 1519 Abs. 2 überhaupt ab, ohne einen Unterschied zu machen, ob der von der Frau geltend gemachte Anspruch eingebrachtes Gut oder Gesamtgut wird. Dagegen ist einzuwenden: 1. Beim eingebrachten Gut verliert die Frau die Legitimation nicht (vgl. § 1525 Abs. 2 in Verb. mit § 1407 Nr. 1 BGB.); 2. beim Gesamtgut wird die Frage aus den oben angeführten Gründen gar nicht praktisch, und daraus erklärt sich auch, daß in § 1519 BGB. gerade § 1454 fehlt.

verliert der Ehemann die Nutznießung an dieser Forderung. Es liegt also grundsätzlich so, als hätte er den Nießbrauch verloren. Damit ist auch ein Stück der geltend gemachten Forderung auf die Ehefrau übergegangen; der Ehemann hat das ihm zustehende Stück der Forderung gewissermaßen abgetreten. Von einer Anwendung der Grundsätze des § 265 kann jedoch keine Rede sein. Für die Anwendung des § 265 ist es wesentlich, daß der Zedent durch die Abtretung an sich die Legitimation zur Prozeßfortführung verlieren würde. Hier nun hat der Ehemann nicht als Nutznießer die Forderung eingeklagt, sondern in seiner Stellung als Verwalter des eingebrachten Gutes der Ehefrau. Nur weil er durch die Aufhebung des gesetzlichen Güterstandes diese Stellung verliert, ist er zur weiteren Geltendmachung der Forderung nicht mehr befugt. Der Umstand, daß der Ehemann die Nutznießung an der Forderung verliert, wäre per se kein Grund dafür, daß er sie nicht mehr geltend machen kann. Die rechtliche Sachlage ist so zu denken, wie wenn ein gesetzlicher Vertreter aus irgendwelchem Grunde wegfällt und der Vertretene nun selbst seine Klage verficht. Die Ehefrau kann nach Auflösung des gesetzlichen Güterstandes selbst ihren Anspruch weiter verfolgen, ohne daß das Verfahren unterbrochen wird. Der Prozeß geht in der Lage, in der er sich befindet, auf die Frau über.[13])

Hat dagegen der Ehemann gegenüber dem Schuldner direkt seine Nutznießung geltend gemacht und wurde dann pendente lite der gesetzliche Güterstand aufgehoben, so hat hier der Ehemann das Stück der Forderung, das er geltend machte, gleichsam abgetreten und hätte damit an sich die Legitimation zur Fortführung des Prozesses verloren. Hier kommt dann § 265 zur Anwendung: Der Ehemann kann den Prozeß fortsetzen.[14])

Hat der Ehemann eine Forderung geltend gemacht,[15]) die beim vertragsmäßigen Güterrecht zum Sondergut bezw. zum eingebrachten Gut der Frau gehört, und wird dieses Güterrechtsverhältnis aufgehoben, während der Rechtsstreit schwebt, so gehen die Nutzungen von beiden Ehegatten als Gesamthändern auf den

---

[13]) And. M. Planck, Komm. z. BGB. § 1380 Nr. 8; Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 329; Gaupp-Stein zu § 241 I d N. 14; diese wollen § 241 ZPO. anwenden. Der Anwendung dieses Paragraphen steht jedoch im Wege, daß bei § 241 ZPO. die Person, welcher der Anspruch materiell zusteht, prozeßunfähig ist; vgl. auch Meikel, Bl. f. RA. Bd. 67 S. 215.

[14]) Dabei ist zu berücksichtigen, daß der Ehemann durch die Aufhebung des Güterstandes nicht immer die Legitimation verliert. So verliert er sie z. B. nicht, wenn er bei auf Zinsen ausstehenden Forderungen auf die Leistung der ihm zustehenden Zinsen geklagt hat.

[15]) vgl. §§ 1439, 1525, 1550 Abs. 2 in Verb. mit § 1380 BGB.

jeweiligen Ehegatten zurück.[16]) Es wird also von den beiden Ehegatten als Gesamthändern das ihnen zustehende Stück der Forderung an den Inhaber der Forderung abgetreten. Wie beim gesetzlichen Güterstand ist jedoch nicht der Übergang des Forderungsstückes die Veranlassung dafür, daß der Ehemann die Legitimation zur Fortführung des Prozesses verliert, sondern Veranlassung ist allein die Aufhebung des Güterrechts und die dadurch sich ergebende Beendigung des ehemännlichen Prozeßführungsrechtes. Es gilt dann das gleiche, was oben beim gesetzlichen Güterstand gesagt wurde; vgl. N. 13 dieses Paragraphen.

Macht dagegen der Ehemann nur die Nutznießung geltend, so geht durch die Auflösung des Güterrechtsverhältnisses der geltend gemachte Anspruch von den Eheleuten als Gesamthändern auf die Ehefrau über (nur dieser Fall kommt in Betracht). Hier ist also dann wieder § 265 gegeben. Der Ehemann darf den Prozeß fortsetzen.

Hat der Ehemann beim vertragsmäßigen Güterrecht einen Anspruch geltend gemacht, der zum Gesamtgut gehört, und wird das Güterrecht aufgehoben, so geht der Anspruch von den Eheleuten als Gesamthändern an den jeweiligen Ehegatten über. Geht also der Anspruch an die Ehefrau über, so hätte der Ehemann gerade durch die Abtretung die Legitimation verloren. Hier greift dann wieder § 265 ein: Der Ehemann bleibt befugt, den Prozeß weiterzuführen.

So lassen sich die Grundsätze des § 265 fast durchweg beim ehelichen Güterrecht anwenden.[17])

Hat jemand eine Wechselklage erhoben und indossiert während der Rechtshängigkeit den Wechsel weiter, so sind be-

---

[16]) vgl. §§ 1439, 1546, 1550 Abs. 2 BGB.

[17]) Kohler (Zeitschr. f. Zivilpr. Bd. 12 S. 124 N. 51) hält es für einen Fehler, daß die ZPO. die oben dargestellten Fälle nicht als Unterbrechungsfälle behandelt. In Ermanglung einer entsprechenden gesetzlichen Bestimmung befürwortet er eine analoge Anwendung des § 265. Ich sehe jedoch keinen Grund dafür, auch nur in einem dieser Fälle das Verfahren zu unterbrechen. Auf andere Einzelheiten und Schwierigkeiten, die gerade bezüglich des Forderungsnießbrauches und des ehemännlichen Nutznießungsrechtes zahlreich auftauchen, konnte nicht eingegangen werden. Ich habe vor allem hinsichtlich zweier Punkte von vornherein einen festen Standpunkt eingenommen: a) Ich lege mit Hellwig (Lehrb. Bd. 1 S. 323) und Binder (Beitr. z. Auslegung des BGB. 1902, Heft 2) die Bestimmung des § 1380 BGB. dahin aus, daß der Ehemann auch das Recht der Frau geltend machen kann, nicht bloß sein Nutznießungsrecht; and. A. Planck, Komm. z. BGB. zu § 1380 Abs. 1; b) ich halte es nicht für richtig, daß der Forderungsgläubiger auch nach der Bestellung des Nießbrauchs noch berechtigt ist, auf Leistung an den Nießbraucher zu klagen; and. A. Planck, Komm. z. BGB. zu § 1074, 1a mit Rücksicht auf die Prot. Bd. 3 S. 422.

züglich der Frage, ob dieses Indossament unter § 265 fällt, zwei Gruppen von Fällen zu unterscheiden:

1. Ist — und dies wird bei Wechselklagen sehr oft der Fall sein — vor der Indossierung Protest mangels Zahlung erhoben, so hat der Indossatar gemäß Art. 16 WO. lediglich die Stellung eines Zessionars. Er erwirbt in vollem Sinn den Anspruch, den sein Indossant geltend gemacht hatte. Stand seinem Indossanten der Anspruch nicht zu, so ist auch bei ihm ein Erwerb ausgeschlossen. Hier kann die Anwendung der Grundsätze des § 265 nicht zweifelhaft sein.

2. Ist ein Protest mangels Zahlung nicht erhoben, so erwirbt der Indossatar ein von dem Recht seines Indossanten unabhängiges selbständiges Recht aus dem Wechsel. Der Indossatar hat also nicht den Anspruch erworben, den der Indossant geltend gemacht hatte. Man wird aber mit Rücksicht darauf, daß die Rechtsordnung vor allem dem Beklagten einen neuen Gegner nicht gegenüberstellen will, § 265 auch hier extensiv interpretieren müssen, so daß also der Indossatar nur mit Zustimmung des Beklagten in den Prozeß eintreten kann.[18]) Dabei ist jedoch zu beachten, daß der Indossatar, der die Rechtshängigkeit des Wechselanspruchs nicht kennt, gemäß Art. 10 u. 82 WO. sowie §§ 363 ff. HGB. den Anspruch wirksam erwirbt. Nach Abs. 3 des § 265 in Verb. mit § 325 Abs. 2 kann daher der Schuldner dem Indossanten den Einwand der mangelnden Aktivlegitimation entgegensetzen.

Führt jemand bezüglich einer Forderung, die zu einer Erbschaft gehört, einen Rechtsstreit und verkauft er pendente lite die ganze Erbschaft, so verpflichtet er sich damit wie ein Verkäufer.[19]) Er ist also verpflichtet, dem Käufer die Forderung zu verschaffen. Der Kaufvertrag an sich ist lediglich als die Verpflichtung aufzufassen, die Forderung abzutreten. Allerdings wird in der Regel in dem Kaufabschluß der Wille der Forderungsabtretung enthalten sein, so daß eine ausdrückliche Abtretung nicht mehr notwendig ist. Soweit dieser Wille nicht vorhanden ist, gebühren auf jeden Fall nach § 1380 BGB. dem Käufer vom Abschluß des Kaufs an die Nutzungen. Es liegt also dann grundsätzlich wiederum so, als hätte der Erbschaftsverkäufer einen Nießbrauch an der Forderung bestellt, und es gilt dann das oben bezüglich des Nießbrauchs Gesagte. Der Erbschaftsverkäufer bleibt in allen Fällen zur Fortführung des Prozesses legitimiert.

Hat ein Erblasser einen Rechtsstreit bezüglich eines An-

---

[18]) Ebenso Hellwig, Lehrb. Bd. 1 S. 285 und die Kommentare.
[19]) vgl. §§ 2371 ff. BGB.

spruchs geführt und diesen Anspruch einem Dritten durch Vermächtnis zugewendet, so ist zu bedenken, daß der Vermächtnisnehmer lediglich einen obligatorischen Anspruch gegen den Erben hat auf Leistung.[20]) Sukzessor ist also auch bezüglich dieses Anspruchs der Erbe, und er muß gemäß § 239 ZPO. den Prozeß „aufnehmen".[21])

Es entsteht die Frage, ob man auch dann von Abtretung des geltend gemachten Anspruchs reden kann, wenn der Beklagte die vom Kläger begehrte Schuld an einen Dritten überträgt; ob also die Schuldübernahme nach §§ 414 ff. BGB. unter die Bestimmungen des § 265 fällt. Eine derartige Schuldübernahme während der Rechtshängigkeit ist begrifflich nicht ausgeschlossen. Allerdings im allgemeinen wäre es widersinnig, daß der Beklagte eine Schuld, deren Existenz er negiert, auf einen andern überträgt. Doch ist es immerhin denkbar, daß der Beklagte seine Schuld gar nicht mehr bestreitet.[22])

Abtretung bedeutet im Sinne des § 265 — wie schon oben hervorgehoben wurde — jeden Übergang einer Berechtigung. Geht nun eine Schuld auf einen andern über, so kann man keinesfalls von dem Übergang einer Berechtigung sprechen. Das Reichsgericht stellt sich daher auch in einer Entscheidung (abgedruckt in Beitr. z. Erl. d. deutschen R. Bd. 30 S. 1112) auf den Standpunkt, daß die Schuldübernahme nicht unter die Grundsätze des § 265 fällt.

Dabei muß jedoch ein Punkt beachtet werden, der zwar an dem vom Reichsgericht gewonnenen Resultat nichts ändert, der ihm aber die nötige Klarheit gibt. Man wäre versucht, im Fall der pendente lite erfolgenden Schuldübernahme doch den Übergang einer Berechtigung zu konstruieren. Man könnte sagen, wenn der Gläubiger auf Zahlung klagt,[23]) der Beklagte aber die Schuld bestreitet und Klagabweisung beantragt, so liegt in dem Klagabweisungsantrag zugleich das petitum, festzustellen, daß die Schuld nicht besteht. Und man könnte nun daran denken, eine Abtretung dieses negativen Feststellungsanspruchs anzunehmen.

Dagegen spricht jedoch zweierlei. Zunächst wäre eine ausgesprochene Feststellungswiderklage hier rechtlich gar nicht

---

[20]) vgl. § 2174 BGB.

[21]) Bezüglich des alten Rechtes vgl. Kohler, Zeitschr. f. Zivilpr. Bd. 12 S. 123 N. 48.

[22]) vgl. Wach, Handb. d. deutschen Zivilprozeßrechtes S. 18 und Mayer, Beitr. z. Erl. d. deutschen R. Bd. 33 S. 306.

[23]) Das gleiche gilt, wenn der Gläubiger durch positive Feststellungsklage klagt.

möglich. Der Leistungsklage kann eine negative Feststellungswiderklage nicht entgegengesetzt werden. Denn bei der Leistungsklage muß das Urteil zunächst das Bestehen oder Nichtbestehen des Anspruchs feststellen, und erst auf Grund dieser Feststellung spricht es die Verurteilung oder Klagabweisung aus. Da nun die negative Feststellungswiderklage des Beklagten den gleichen Anspruch verfolgt, so steht ihr die Einrede der Rechtshängigkeit entgegen.[24]) Wird die Einrede der Rechtshängigkeit nicht erhoben, so ist die Feststellungswiderklage wegen des fehlenden Interesses abzuweisen, da sie nur diejenige Feststellung verlangt, die auf Grund der Leistungsklage ohnedies festzustellen ist.

Selbst für den Fall aber, daß eine derartige Feststellungswiderklage möglich wäre, so könnte doch der ihr zugrunde liegende Feststellungsanspruch aus den oben[25]) dargelegten Gründen nicht abgetreten werden. Denn hier resultiert der Feststellungsanspruch nicht aus einem übertragungsfähigen materiellen Tatbestand, sondern aus der ganzen rechtlichen Persönlichkeit des Schuldners.

Es muß also aufrechterhalten werden, daß bei der Schuldübernahme eine Abtretung im Sinne des § 265 nicht vorliegt.[26]) Es besteht auch keine Veranlassung, im Fall der Schuldübernahme § 265 anzuwenden. Der Abs. 2 des § 265 will die Lage des Gegners der disponierenden Partei — also bei der Schuldübernahme die Lage des klagenden Gläubigers — nicht verschlechtern. Nach den Bestimmungen des materiellen Rechts[27]) ist nun dem Gläubiger ohnehin Gelegenheit gegeben, eine Schuldübernahme während der Rechtshängigkeit zu verhindern, da die Übernahme der Schuld seitens einer neuen Person von der Genehmigung des Gläubigers abhängt. Es muß also im Fall der Schuldübernahme dem ursprünglichen Schuldner der Einwand der mangelnden Passivlegitimation zugestanden werden.

Wird das ganze Vermögen[28]) während der Rechtshängigkeit eines zu diesem Vermögen gehörenden Anspruchs übertragen, so gelten ebenfalls die Bestimmungen des § 265. Bezüglich des Übergangs der Schulden ist dabei zu beachten, daß hier der ursprüngliche Schuldner die Passivlegitimation nicht verlieren kann, weil er neben dem neuen Schuldner forthaftet.[29])

---

[24]) vgl. Oertmann, Zeitschr. f. Zivilpr. Bd. 22 S. 25; Gaupp-Stein zu § 263 II, 3c N. 32.
[25]) vgl. oben § 5 S. 12.
[26]) And. A. Kohler, Zeitschr. f. Zivilpr. Bd. 12 S. 120 (ohne Begründung).
[27]) vgl. § 415 BGB.
[28]) vgl. §§ 419, 2382 BGB. und §§ 25, 28, 303 HGB.
[29]) vgl. oben N. 28.

Es wurde schon oben darauf[30]) hingewiesen, daß nicht eine ausdrückliche Abtretung des geltend gemachten Anspruchs zu erfolgen braucht, daß vielmehr durch die Abtretung eines weiteren, den Anspruch mitumfassenden Rechts der Anspruch ipso jure übergehen kann. Dies gilt — wie gezeigt wurde — vor allem bei dinglichen Berechtigungen und Belastungen eines Grundstücks, die im Fall der Veräußerung des Grundstücks auf den Erwerber übergehen. Es gilt aber auch bei Rechten andrer Art:

Wenn jemand wegen einer ihm zustehenden Forderung Rechtshandlungen seines Schuldners anficht und nun pendente lite die Forderung abtritt, so geht mit der Abtretung der Forderung zugleich auch das prätendierte Anfechtungsrecht über. „Der Anfechtungsanspruch ist kein in der Person des Zessionars der Forderung neu entstehender, sondern er geht mit der Forderung auf ihn über und ist in der Zession enthalten.“[31]) Es bleibt also der ursprüngliche Forderungsgläubiger zur Fortführung des Prozesses legitimiert.

Ebenso ist es im Fall des § 571 BGB.[32]) Hat jemand auf Zahlung der am 1. Januar fällig gewordenen Miete geklagt und darauf das vermietete Grundstück mit Wirkung vom 1. Januar veräußert, so geht nach § 571 BGB. der Anspruch auf die eingeklagte Mietsumme auf den Erwerber über. Es kommt dann ebenfalls § 265 zur Anwendung.[33])

Andrerseits ist es aber fraglich, ob man auch in folgendem Fall von einer Abtretung des geltend gemachten Anspruchs reden kann:

A macht durch negative Feststellungsklage geltend, daß dem B eine Forderung gegen A nicht zustehe. Pendente lite tritt B seine Forderung an C ab.

Der geltend gemachte Anspruch ist hier lediglich das negative Feststellungsbegehren des A. Der Forderungsanspruch des B ist nicht geltend gemacht. Man kann deshalb meines Erachtens diesen Fall nicht in den Rahmen des § 265 stellen. Ich sehe auch keine Veranlassung für eine analoge Anwendung dieses Paragraphen. Denn der Forderungsgläubiger kann jederzeit durch Erhebung

---

[30]) vgl. oben § 5 N. 6 u. 11 und § 7 N. 2.
[31]) vgl. RGE. Bd. 39 S. 12.
[32]) vgl. RGE. Bd. 55 S. 293.
[33]) And. A. Dernburg, Preuß. PrivR. Bd. 1 § 132 N. 10, der § 266 anwenden will. Doch kann man nicht wohl sagen, daß hier ein Recht für das Grundstück in Anspruch genommen wird. Es ist jedoch zuzugeben, daß hier die Grenze sehr flüssig ist.

der Leistungswiderklage[34]) sich einen wirklich geltend gemachten Anspruch verschaffen und damit die Anwendung des § 265 ermöglichen.

Rechnet der Schuldner eine Forderung, bezüglich deren bereits ein Rechtsstreit anhängig ist, in einem andern anhängigen Verfahren auf, so steht dem nicht die Einrede der Rechtshängigkeit entgegen, da durch die Aufrechnung Rechtshängigkeit nicht begründet wird.[35]) Die Grundsätze des § 265 können aber selbstverständlich nicht zur Anwendung kommen, weil die Forderung durch die Aufrechnungserklärung nicht auf einen andern übertragen wird, sondern erlischt.[36])

§ 9.

Der Übergang des geltend gemachten Anspruches kraft Gesetzes.[1])

Es gibt eine Reihe von Fällen, bei denen der Übergang einer Forderung sich kraft Gesetzes als Rechtsfolge eines andern Aktes vollzieht, ohne daß es auf den Willen der Beteiligten ankommt. Auch diese Fälle fallen, wenn die übergehende Forderung litigiös ist, in den Rahmen des § 265. Auch hier geht der Anspruch an einen andern über, und es wäre deshalb an sich der Erwerber des Anspruchs zu seiner Geltendmachung legitimiert. Wenn jedoch die Rechtsordnung mit Rücksicht auf die Erzielung einer stetigen Prozeßlage des Gegners dem Zessionar einer rechtsgeschäftlich abgetretenen Forderung den Eintritt in den Prozeß versagt, muß sie aus dem gleichen Grund den Eintritt auch demjenigen versagen, der kraft Gesetzes einen Anspruch erwirbt. Maßgebend ist immer das Bestreben, die Lage des Beklagten nicht zu verschlechtern, und es besteht kein Grund, den Beklagten dann schlechter zu behandeln, wenn die gegen ihn geltend gemachte Forderung kraft Gesetzes auf einen andern übergeht. Würde die Rechtsordnung von der Stellung des Zessionars ausgehen, dann müßte man allerdings sagen: es ist etwas anderes, wenn jemand eine rechtshängige Forderung freiwillig erwirbt, als wenn sie ihm vom Gesetz einfach aufgebürdet wird. Das Gesetz hat aber der Stellung des Beklagten weitaus die größte Bedeutung zugemessen, und es muß deshalb § 265 Anwendung finden.

---

[34]) Über deren Zulässigkeit vgl. Gaupp-Stein zu § 263 II A, 3c N. 33.
[35]) vgl. oben § 6 N. 4.
[36]) vgl. § 389 BGB.
[1]) vgl. dazu auch die Kommentare zur ZPO.

Hierher gehört z. B. der Fall, daß der Gläubiger wegen einer Forderung die Zwangsvollstreckung betreibt, der Schuldner aber gemäß § 767 ZPO. Einwendungen macht, welche die Forderung selbst betreffen, und dementsprechend Klage erhebt. Wenn hier ein Dritter, der Gefahr läuft, an dem Gegenstand, gegen den sich die Zwangsvollstreckung richtet, ein Recht zu verlieren, den Gläubiger befriedigt, so geht kraft Gesetzes die litigiöse Forderung auf ihn über.[2]) Weiter gehört hierher der Fall, daß ein Gesamtschuldner einer bestrittenen Forderung den Gläubiger befriedigt. Auch hier geht, soweit der Gesamtschuldner befriedigt hat und Ausgleichung verlangen kann, die Forderung auf ihn über.[3])

Befriedigt ein Bürge den Gläubiger wegen einer litigiösen Forderung, so gilt das gleiche wie beim Gesamtschuldner.[4])

Auch die Fälle der §§ 1143 Abs. 1 und 1225 BGB. gehören hierher, wo die bestrittene Forderung an denjenigen übergeht, dessen Grundstück oder res mobilis — ohne daß er persönlicher Schuldner ist — verpfändet war, falls er den Gläubiger befriedigt.

Schließlich gehören hierher auch die Vermögensveränderungen,[5]) welche durch den Wechsel der Mitglieder in Gesellschaften und nicht rechtsfähigen Vereinen entstehen. Scheidet ein Gesellschafter oder ein Vereinsmitglied aus,[6]) während die Korporation einen Rechtsstreit führt, so wächst sein Anteil an dem im Prozeß geltend gemachten Anspruch den übrigen Gesellschaftern oder Vereinsmitgliedern zu.[7]) An sich wären also nur noch diese legitimiert, den Prozeß weiterzuführen. Hier tritt

---

[2]) vgl. § 268 Abs. 3 BGB.

[3]) vgl. § 426 Abs. 2 BGB.

[4]) vgl. § 774 BGB., s. dazu auch RGE. Bd. 39 S. 16: „Einen Unterschied zwischen freiwilliger und notwendiger Zession macht § 265 nicht".

[5]) vgl. dazu auch Meurer, Die juristischen Personen nach deutschem Reichsrecht S. 119. — Man kann darüber streiten, ob nicht auch die in § 8 behandelten Güterrechtsfälle erst unter diesen Paragraphen gehören. Ich ging von der Auffassung aus, daß bei Begründung und Beendigung des Güterrechts in der Regel ein rechtsgeschäftlicher Wille der Abtretung vorhanden sein wird, und eine Trennung der Fälle, wo dies nicht der Fall ist, erscheint nicht angebracht. Dagegen wird beim Ausscheiden eines Mitglieds aus einer Korporation ein Abtretungswille viel weniger im Vordergrund stehen.

[6]) Die Frage, ob jemand in eine Gesellschaft oder in einen nicht rechtsfähigen Verein eintreten kann, wird nicht einheitlich beantwortet. Bejaht wird sie z. B. von Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit nach neuem Recht S. 26 und Hölder, Komm. z. BGB. zu § 54 Anm. 2c. Verneint wird sie von Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse zu § 736 und Planck, Komm. z. BGB. zu § 736. Bejaht man die Frage, so gilt das bezüglich des Ausscheidens Gesagte entsprechend.

[7]) vgl. §§ 54 u. 738 BGB.

nun wieder § 265 ein: es bleiben die früheren Gesellschafter oder Vereinsmitglieder zur Fortführung des Rechtsstreits befugt.

Betrachtet man bei der offenen Handelsgesellschaft als Partei die Gesellschafter in ihrer Gesamtheit, so gilt das gleiche wie bei der Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs.[8])

Bei juristischen Personen bleibt die juristische Person als solche legitimiert ohne Rücksicht darauf, ob Personen eintreten oder ausscheiden.

Bezüglich der Auflösung einer Korporation ist zu bemerken, daß im Fall der Auflösung regelmäßig Liquidation erfolgt und die Korporation dann als fortbestehend gilt.[9]) Es kommt hier also § 265 nicht in Betracht.

Wird dagegen bei der Auflösung die Liquidation umgangen und gehen sämtliche Aktive und Passive an einen andern über, so liegt eine Auflösung im Rechtssinn nicht vor. Es liegt dann die Sache einfach so, wie wenn eine weiterbestehende Korporation einen geltend gemachten Anspruch während der Rechtshängigkeit abtritt. § 265 kommt zur Anwendung: Die ursprünglichen Kläger bleiben also zur Geltendmachung des vor der „Auflösung" geltend gemachten und abgetretenen Anspruchs befugt.[10])

§ 10.

Der Übergang des geltend gemachten Anspruchs durch einen staatlichen Übertragungsakt.[1])

Wird ein litigiöser Anspruch durch einen staatlichen Akt übertragen, so fehlt es zwar nicht an dem Willen des Erwerbenden — wie dies beim Übergang kraft Gesetzes denkbar ist —, wohl aber fehlt es regelmäßig am Willen des „Abtretenden". Wie jedoch schon oben[2]) betont wurde, muß auch dieser Übergang — da die Rechtsordnung vor allem die gleich bleibende Lage des Schuldners der litigiösen Forderung bezweckt — in den Rahmen des § 265 fallen.

Hierher trifft der Fall der zwangsweisen Versteigerung eines Grundstücks, sofern ein Anspruch dem Grundstück als solchem zusteht. Ist ein Rechtsstreit darüber anhängig, ob zu-

---

[8]) Bei der offenen Handelsgesellschaft ist der Eintritt eines neuen Gesellschafters ausdrücklich geregelt (§ 130 HGB.); vgl. N. 6 dieses Paragraphen.

[9]) vgl. z. B. §§ 49 Abs. 2 und 730 Abs. 2 BGB, § 156 HGB.

[10]) vgl. Gaupp-Stein zu § 239 I N. 12; RGE. Bd. 35 S. 388.

[1]) s. dazu auch die Kommentare.

[2]) vgl. oben § 7 S. 17.

gunsten eines Grundstücks ein Recht bestehe, so wird im Fall der Zwangsversteigerung dieses Grundstücks der geltend gemachte Anspruch mitübertragen, und es finden die Grundsätze des § 266 Anwendung. Dabei ist jedoch auch § 325 Abs. 3 Satz 2 ZPO. zu beachten. Wenn also die Rechtshängigkeit spätestens im Versteigerungstermine vor der Aufforderung zur Abgabe von Geboten angemeldet worden ist, so ist der Ersteher des Grundstücks berechtigt und event. verpflichtet, in den Rechtsstreit einzutreten.

Ist die Rechtshängigkeit nicht angemeldet worden, so wirkt das Urteil nicht gegen den Ersteher, und es kann daher dem ursprünglichen Prätendenten des Anspruchs der Einwand der mangelnden Aktivlegitimation entgegengesetzt werden.[3])

Ebenso fällt auch der Fall unter § 265, daß eine rechtshängige Forderung gepfändet und zur Einziehung überwiesen wird.[4]) Hier gilt das oben beim vertragsmäßigen Pfandrecht Gesagte analog.[5]) Durch die Pfändung und Überweisung zur Einziehung hat der Pfandschuldner das Recht verloren, die Forderung einzuziehen und geltend zu machen. Es ist durch den staatlichen Akt eine aus der Forderungsgläubigereigenschaft des Pfandschuldners sich ergebende Funktion, die ein wesentliches Stück der Forderung selbst ausmacht, auf den Pfandgläubiger übergegangen. In diesem Sinne kann man sagen, daß der geltend gemachte Anspruch — wenn auch nur teilweise — auf den Pfandgläubiger übergegangen ist.[6]) Da nun — wie wiederholt hervorgehoben wurde — keine Veranlassung vorliegt, den Beklagten dann schlechter zu behandeln, wenn der gegen ihn geltend gemachte Anspruch auf nicht rechtsgeschäftliche Weise auf einen andern übergeht, so kommt auch im Fall der Pfändung und Überweisung zur Einziehung einer rechtshängigen Forderung § 265 zur Anwendung.

Das Reichsgericht führt übrigens für die Auffassung, daß der eben besprochene Fall unter § 265 fällt, noch einen andern Grund an, der allerdings mehr aus Billigkeitserwägungen hervorgegangen ist[7]): Wird die rechtshängige Forderung an einen andern zediert, so ist es dem Zessionar versagt, in den Prozeß einzutreten oder eine Hauptintervention zu erheben.[8]) Es wäre

---

[3]) vgl. § 266 Abs. 2 in Verb. mit § 265 Abs. 3 und § 325 Abs. 3 Satz 2.

[4]) Ist die Forderung an Zahlungsstatt überwiesen, so ist die Forderung völlig an den Pfandgläubiger übergegangen, und es gilt dann § 265 erst recht.

[5]) vgl. oben § 8 S. 17.

[6]) vgl. Seufferts Arch. Bd. 43 Nr. 249, Bd. 46 Nr. 240.

[7]) vgl. RGE. Bd. 20 S. 420.

[8]) Abgesehen natürlich von dem Fall, daß der Gegner einwilligt.

nun unbillig, demjenigen, für welchen die Forderung gepfändet wurde und dem sie zur Einziehung überwiesen ist, der also ein geringeres Recht als der Zessionar erwirbt, die Befugnis zum Prozeßeintritt oder zur Erhebung einer Hauptintervention zuzusprechen.

Es ergibt sich aber noch eine weitere Schwierigkeit: Der Drittschuldner wird durch den Pfändungsbeschluß angewiesen, an den Pfandschuldner nicht zu zahlen. Der Pfandschuldner bleibt aber aus den oben dargelegten Gründen zur Geltendmachung seiner Forderung legitimiert. Kann hier das Urteil auf Leistung an den Pfandschuldner lauten und so dem Drittschuldner im Pfändungsbeschluß geboten werden, an den Pfandschuldner nicht zu zahlen, im Urteil dagegen ihm auferlegt werden, an den Pfandschuldner zu zahlen? Das Reichsgericht hat hier entschieden,[9]) daß der Pfandschuldner nach der Pfändung der rechtshängigen Forderung nur mehr auf Feststellung des Bestehens der Forderung klagen könne. Hier hat das Reichsgericht einen Punkt berührt, der meines Erachtens den Angelpunkt der prozessualen Behandlung der Streitabtretung bildet. Dieser prozessualen Behandlung der Streitabtretung soll der zweite Abschnitt der Abhandlung gewidmet sein.

[9]) vgl. JurW. 1900 S. 418 Nr. 21.

Zweiter Abschnitt.

Der Einfluß der Abtretung des rechtshängigen Anspruchs auf den schwebenden Prozeß.

§ 11.

Allgemeines.

Abs. 1 des § 265 hebt — zunächst negativ wirkend[1]) — das Verbot der Abtretung eines rechtshängigen Anspruchs auf. Daraus folgt — dies ist die positive Kehrseite der Aufhebung des Verbots —, daß nunmehr die Abtretung eines rechtshängigen Anspruchs gültig ist. Damit ist materiell die Sache für die Zivilprozeßordnung erledigt. Für sie handelt es sich nunmehr lediglich um die Frage, welchen Einfluß die Abtretung auf den Prozeß haben soll. Dadurch, daß der Kläger den Anspruch abgetreten hat, kann er materiell nicht mehr über ihn disponieren. Schiebt man diese materielle Stellung des Zedenten in den Prozeß herein, so ist die Folge, daß der Zedent den begonnenen Prozeß nicht mehr weiterführen kann. Die Rechtsordnung will aber dem Beklagten nicht zumuten, daß er auf einmal einem neuen Gegner gegenübergestellt wird. Und so sagt § 265 Abs. 2 Satz 1: „Die Abtretung hat auf den Prozeß keinen Einfluß".

Welche Bedeutung hat dieser Satz gegenüber dem ersten Absatz des § 265? Will er sagen, daß der Prozeß so fortgeführt werden soll, als sei die materiell gültige Abtretung gar nicht erfolgt? Soll also mit andern Worten der Richter den Abtretungsakt völlig ignorieren und hinwegdenken? Oder hat der Satz nur den Sinn, daß das äußere Prozeßverhältnis nicht berührt werden soll? Daß also der ursprüngliche Kläger zwar legitimiert bleibt, daß aber daneben die materielle Wirksamkeit der Abtretung auch im Prozeß zur vollen Geltung kommt?

---

[1]) vgl. oben § 3 N. 4.

Nicht weniger als sechs[2]) Ansichten haben sich über die Bedeutung des Satzes „die Abtretung hat auf den Prozeß keinen Einfluß“ gebildet. Diese sechs Theorien sollen in ihren Grundzügen zunächst dargelegt werden.

§ 12.

Die Irrelevanztheorie.[1])

Die Irrelevanztheorie leugnet jeden Einfluß der Abtretung auf den Prozeß. Nicht nur formell soll der Prozeß weitergeführt werden, als ob keine Abtretung erfolgt sei, „sondern der Richter hat auch bei der Beurteilung des materiellen Rechtsverhältnisses gegen die sonstige Regel nicht die zur Zeit des Urteils, sondern die zur Zeit der Veräußerung vorhandenen tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen seinem Urteil zugrunde zu legen“.[2]) Gaupp-Stein sagt dabei ausdrücklich, daß hier das Prinzip, daß das Urteil sich auf die zur Zeit der Urteilsfällung vorliegenden Voraussetzungen aufbaut, durchbrochen wird. Der Zedent soll also zur Geltendmachung seines Anspruchs weiter befugt sein, als ob die Abtretung gar nicht erfolgt wäre. Die Abtretung existiert für den Richter nicht.

Das Urteil ist deshalb auf den Zedenten zu stellen. Wird der Beklagte verurteilt, so lautet der Tenor auf Leistung an den Zedenten, nicht an den Zessionar. Einreden kann der Beklagte nur gegen den Zedenten vorbringen; und zwar alle Einreden, auch diejenigen, die erst nach der Zession entstanden sind. Einreden gegen den Zessionar hat der Beklagte dagegen nicht. Materiell wirkende Dispositionsakte — Vergleich und Verzicht — stehen nur dem Zedenten zu. Er gilt im Prozeß noch als Subjekt des Anspruchs. Der Zessionar kann sich allerdings auch mit dem Schuldner vergleichen, aber nur außergerichtlich. Und aus einem derartigen Vergleich erwächst dem Beklagten keine Einrede gegen den Zedenten. Will der Beklagte pendente lite zahlen, so hat die Zahlung an den Zessionar

---

[2]) Über die Auffassung Endemanns, die in der Literatur keine weitere Würdigung gefunden hat, vgl. unten § 19 N. 1.

[1]) Der Irrelevanztheorie haben sich angeschlossen: Gaupp-Stein, Seuffert und Reincke zu § 265; Arndt, Beitr. z. Erl. d. deutschen R. Bd. 22 S. 322ff.; Zimmermann, ebenda Bd. 28 S. 808ff.; Behrend, ebenda Bd. 31 S. 458ff.; Mayer, ebenda Bd. 33 S. 297ff.; Wolf, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 88 S. 195ff.; Petschek, Zwangsvollstreckung in Forderungen S. 239ff.; Bad. Rechtspr. 1902 S. 147; vgl. auch RGE. Bd. 7 S. 332, Bd. 20 S. 422.

[2]) vgl. Gaupp-Stein zu § 265 IV Abs. 2.

zu erfolgen. Denn außerhalb des Prozesses gilt der Zessionar als Anspruchsberechtigter. Doch kann auch in diesem Fall der Beklagte sich im Prozeß nicht auf seine Zahlung berufen. Die Widerklage ist zulässig nur gegen den Zedenten, da ja er die Gegenpartei ist. Soll das Urteil vollstreckt werden, so kann der Zedent es auch vollstrecken lassen, ohne daß seiner Betreibung der Zwangsvollstreckung der Einwand der mangelnden Aktivlegitimation entgegensteht.[3])

§ 13.

Die Theorie von Eccius.[1])

Im schroffen Gegensatz zur Irrelevanztheorie steht die Auffassung von Eccius. Nach ihm ist auf die materielle Wirksamkeit der Abtretung ganz ebenso Rücksicht zu nehmen, als ob der Zessionar mit Zustimmung des Beklagten in den Prozeß eingetreten sei. Der Satz „die Abtretung hat auf den Prozeß keinen Einfluß" bedeutet nur, daß das Verfahren zwischen den ursprünglichen Parteien seinen Fortgang nimmt. Eccius präzisiert seinen Standpunkt dahin, daß der Zedent materiell nur noch Vertreter des Zessionars sei. Die Parteistellung des Zedenten ist eine rein formelle.

Da das materielle Recht völlig zum Durchbruch kommen soll, so ist das Urteil auf den Zessionar zu stellen. Der Kläger muß seinen Klageantrag dahin abändern, daß der Beklagte zur Leistung an den Zessionar verurteilt werde. Der Beklagte hat seine Einreden, soweit sie vor seiner Kenntnis der Zession entstanden sind, aus der Person des Zedenten zu entnehmen, soweit sie nach seiner Kenntnis der Zession erwuchsen, nur aus der Person des Zessionars. Vergleich und Verzicht kann der Zedent nur mit Zustimmung des Zessionars

---

[3]) vgl. Seuffert zu § 265, 5 a α.

[1]) vgl. Eccius, Preuß. PrivR. Bd. 1 S. 671. Ihm haben sich angeschlossen: die Kommentare von Petersen, Struckmann-Koch, v. Wilmowski-Levy zu § 265; Dernburg, Das bürgerl. R. d. Deutschen Reichs u. Preußens Bd. 2 § 136 III; Hellwig, Lehrb. Bd. 1 S. 343 ff.; Weismann, Lehrb. Bd. 1 S. 358 ff.; Rehbein, Komm. z. BGB. zu § 398; Reinhardt, Beitr. z. Erl. d. deutschen R. Bd. 40 S. 71 ff.; Gerbaulet, ebenda Bd. 30 S. 802; Francke, Bl. f. RA. Bd. 69 S. 561; Bad. Rechtspr. 1902 S. 330; RGE. Bd. 40 S. 340 ff., Bd. 56 S. 307 ff. Vgl. aber auch RGE. Bd. 56 S. 244: „Der Richter hat bei Beurteilung des materiellen Rechts die zur Zeit der Veräußerung vorhandenen tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen seinem Urteil zugrunde zu legen". Die Entscheidung bezieht sich auf die Veräußerung einer res litigiosa. Doch ist eine verschiedene Behandlung durch nichts begründet; vgl. auch oben § 1 N. 1.

abschließen; denn er ist ja der Vertreter des Zessionars. Zahlen kann der Beklagte wohl nur an den Zessionar; hat er an den Zessionar bezahlt, so erwächst ihm daraus für den Prozeß eine Einrede gegen den Zedenten. Will der Beklagte eine Widerklage erheben, so wird sie Eccius, da Partei der Zedent ist, wohl nur gegen den Zedenten zulassen. Die Zwangsvollstreckung kann der Zedent betreiben; seine Parteirolle setzt sich in die Vollstreckungsinstanz fort. Ebenso kann aber auch nach § 727 ZPO. der Zessionar vollstrecken.

§ 14.

Die Theorie von Wach.[1])

Wach will zwischen der Irrelevanztheorie und der Theorie von Eccius vermitteln. Den Standpunkt von Eccius, der den Zedenten zur rein formellen Prozeßpartei „degradieren“ [2]) will, verwirft er. Er läßt den Zedenten in vollem Umfang Partei sein. Er ist jedoch der Meinung, daß immerhin „Raum sei für die Anerkennung der Wirklichkeit“. Er resumiert seine Auffassung dahin: „Die nach der Zession stattgefundenen rechtsverändernden Dispositionen seines Rechtsnachfolgers hat der Zedent gegen sich gelten zu lassen, gleich als wäre jener sein verfügungsberechtigter Vertreter“.

Demgemäß ist das Urteil auf den Zedenten zu stellen; denn er ist in normalem Sinne Partei. Bei den Einreden aber kommt die materielle Rechtslage zum Durchbruch. Hat der Beklagte außergerichtlich an den Zessionar gezahlt, sich mit ihm verglichen, Stundung oder Erlaß verabredet, so kann er daraus eine Einrede gegen den Zedenten für den Prozeß entnehmen.[3]) Insofern nähert sich Wach der Theorie von Eccius. Zu prozessualem Vergleich und Verzicht ist nur der Zedent vermöge seiner Parteistellung berechtigt. Dagegen kann der Zessionar außergerichtlich diese Akte vornehmen und daraus — wie eben gezeigt — eine Einrede für den Prozeß mit dem Zedenten herleiten. Zahlung hat der Beklagte an den Zessionar zu leisten; auch hieraus erwächst ihm eine Einrede gegen den Zedenten. Da Partei der Zedent ist, so ist eine Widerklage nur gegen ihn zulässig. Die Zwangsvollstreckung kann nur der Zessionar betreiben. Denn im Verfahren der Zwangs-

[1]) vgl. Wach, Beitr. z. Erl. d. deutschen R. Bd. 30 S. 779ff.; ähnlich auch Schmidt, Lehrb. S. 888ff.

[2]) vgl. Gaupp-Stein zu § 265 IVa N. 30.

[3]) vgl. Wach a. a. O. S. 793.

vollstreckung besteht kein Grund mehr, „das künstliche Verhältnis des § 265 aufrechtzuerhalten“. Der Zedent hat kein Recht auf die Vollstreckung, und es können ihm Einwendungen gemäß § 767 ZPO. entgegengesetzt werden.

§ 15.

Die Theorie von Kohler.[1])

Kohler geht bei seiner Stellungnahme zu § 265 vom Parteibegriff aus. Seiner Auffassung nach darf man „die Beziehung zwischen dem zivilistischen und dem prozessualen Verhältnisse nicht als eine notwendige und unumgängliche ansehen, so daß eine zivilistische Sukzession notwendig eine prozessuale bewirkte“. Es kann vielmehr derjenige, welcher „weder in einer wirklichen noch in einer potenziellen Zivilverbindung zur Sache steht, nichtsdestoweniger fortfahren, der Träger des begonnenen prozessualen Verhältnisses zu sein“. Diese Stellung des Klägers, der über das Zivilrecht eines andern im Prozeß walten kann, nennt Kohler Prozeßstandschaft. Er definiert sie als zivilistisches Verhältnis der einen Person zum Zivilrecht einer andern, kraft welchen Verhältnisses es der einen Person zusteht, einen Prozeß zu führen, dessen zivilistische Folgen auf die andere Person fallen. In diesem Sinn ist nach Kohler auch der Zedent im Fall des § 265 Prozeßstandschafter. Er führt den begonnenen Prozeß weiter; seine zivilistischen Folgen treffen aber den Zessionar.

Weil nun die zivilistischen Folgen ohne weiteres auf den Erwerber fallen, so ist es für Kohler gleich, ob das Urteil auf den Zedenten oder auf den Zessionar lautet. Je nach dem Antrag soll das Urteil auf den Zedenten oder auf den Zessionar gestellt werden. In allen Fällen kann aber ein Urteil ergehen, welches auf den Zedenten lautet. Dieses Urteil ist aufzufassen als ein Urteil zugunsten des Prozeßführers bezw. dessen, welcher während des Prozesses sein Rechtsnachfolger geworden sein sollte. Utilitätsgründe allerdings bestimmen Kohler zu dem Satze, der Erwerber solle nur dann in das Urteil eingesetzt werden, wenn das Urteil zu einer Verurteilung oder bejahenden Entscheidung führe, und auch da nur, wenn es sich um eine Sukzession auf klägerischer Seite handle. Seine Einreden kann der Beklagte, soweit sie nach seiner Kenntnis der Zession entstehen, nicht mehr aus der Person des Zedenten entnehmen,

[1]) vgl. Kohler, Zeitschr. f. Zivilpr. Bd. 12 S. 97ff.; ähnlich Stegemann, ebenda Bd. 17 S. 331ff.

sondern nur aus der Person des Zessionars. Denn weil die zivilistischen Folgen auf den Zessionar fallen, muß auch die materielle Rechtslage berücksichtigt werden. Zu prozessualem Vergleich und Verzicht ist der Zedent berechtigt, da demjenigen, dem die Prozeßführung zusteht, auch das Recht zustehen muß, den Prozeß durch derartige Dispositionsakte zu lösen. Außergerichtlich kann auch der Zessionar verzichten oder sich vergleichen. Zahlen kann der Schuldner sowohl an den Zedenten als an den Zessionar. Kohler spricht zwar nicht besonders aus, daß dem Beklagten Zahlung an den Zedenten erlaubt sei; es folgt dies aber aus seinem Satze, der Zedent könne die Zwangsvollstreckung betreiben und nach rechtskräftigem Urteil noch Zahlung annehmen. Als Prozeßstandschafter ist der Zedent zu allen Handlungen berechtigt, die zur Erzielung der in den Prozeß gelegten Interessen dienen. Die Widerklage ist dem Beklagten nur gegen den Zedenten gegeben. Ist für den Zessionar eine vollstreckbare Ausfertigung erteilt, so kann auch dieser die Zwangsvollstreckung betreiben.

§ 16.

Die Theorie von Weidlich.[1])

Weidlich betont vor allem, daß es sich um die Abtretung eines rechtshängigen Anspruchs handelt. Es wird kein unbestrittener Anspruch abgetreten, sondern ein Anspruch, dessen Existenz zweifelhaft ist. „Weil bis zum Ende des Prozesses in der Schwebe, treten die Veräußerungswirkungen erst im Fall und Umfang einer dem Veräußerer günstigen Erledigung des anhängigen Rechtsstreits in Kraft. Ihr Eintritt ist somit durch eine entsprechende Prozeßbeendigung, vor allem durch die richterliche Anerkennung des Rechts des Abtretenden bedingt". Mit andern Worten: das Abtretungsgeschäft ist für die Dauer der Rechtshängigkeit kraft Gesetzes aufschiebend bedingt. Bedingung für seine Wirksamkeit ist die von berufener Seite kommende Anerkennung des abgetretenen Rechts. Der Zedent bleibt während der Rechtshängigkeit ungeschmälert im Besitz seiner materiellen und prozessualen Rechtsstellung. Erst im Moment der für den Zedenten günstigen Beendigung des Rechtsstreits tritt der Zessionar als solcher auf. Jetzt erst ist die Abtretung materiell wirksam. Der Zedent scheidet in jeder Beziehung aus.

Es ist demgemäß das Urteil auf den Namen des Zedenten

[1]) vgl. Weidlich, Beitr. z. Erl. d. deutschen R. Bd. 45 S. 299ff.

zu stellen. Einreden können nur — und zwar auch nach dem bedingten Abtretungsgeschäft erst entstehende — aus der Person des Zedenten vorgebracht werden. Zu prozessualem Vergleich und Verzicht ist nur der Zedent berechtigt. Aber auch außergerichtlich kann der Zessionar pendente lite derartige Dispositionsakte nicht vornehmen, da er noch nicht Anspruchssubjekt ist. Ebenso kann nur an den Zedenten gezahlt werden und nur gegen ihn Widerklage erhoben werden. Betreibt der Zedent die Zwangsvollstreckung aus einem sieghaften Urteil, so kann ihm der Beklagte nach § 767 Abs. 2 ZPO. den Einwand entgegensetzen, daß nunmehr der Zessionar anspruchsberechtigt sei.

Weidlich glaubt damit eine Lösung gefunden zu haben, die über jede im Bereich des § 265 auftauchende Schwierigkeit hinweghilft.[2])

§ 17.

Die Theorie von Lippmann.[1])

Lippmann statuiert im Verfahren eine Zäsur. Zunächst hat sich der Prozeß lediglich mit der Existenz der Forderung zu beschäftigen. Für die Erörterung der Rechtsnachfolge ist erst Raum im Verfahren der Zwangsvollstreckung. Alles Prozeßmaterial, das den Einfluß der Zession aufweist, bleibt für den Prozeß zwischen Zedenten und Schuldner außer Betracht. Durch die Klagerhebung des Zedenten ist zwischen Zedenten und Beklagtem eine Prozeßobligation entstanden, die ausgelöst werden muß. Das Urteil, durch das nun diese Auslösung ausgesprochen wird — also das Urteil der §§ 265, 325 ZPO. —, ist die Zäsur des Verfahrens. Der Zedent bleibt also Partei nur insoweit, als es sich um die Existenz der Forderung handelt. Die weitere Entwicklung der Lippmannschen Theorie beruht auf dem Satze, daß das im Prozeß zwischen Zedent und Schuldner ergehende Urteil gegen den Zessionar nur insoweit Rechtskraft schafft, als sich dies mit dem materiellen Recht verträgt.

---

[2]) Wenn Gaupp-Stein zu § 265 IVa N. 30 bemerkt, Weidlich komme zum gleichen Ergebnis wie die Irrelevanztheorie, nur mit anderer Begründung, so ist dies unzutreffend. Nach der Irrelevanztheorie kann außergerichtlich auch der Zessionar mit dem Beklagten materielle Dispositionsakte abschließen; nach Weidlich bleibt der Zedent pedente lite auch materiell Anspruchssubjekt, so daß derartige rechtsgeschäftliche Handlungen des Zessionars bedeutungslos sind. Ebenso kann nach Weidlich der Zedent nicht die Zwangsvollstreckung betreiben.

[1]) vgl. Lippmann, Jahrb. f. Dogm. Bd. 45 S. 391 ff.

Das Urteil ist demnach auf den Zedenten zu stellen; denn er vertritt die eine Seite der durch die Klageerhebung begründeten Prozeßobligation. Einreden kann der Beklagte nur aus der Person des Zedenten vorbringen, und zwar auch solche Einreden, die ihm erst nach der Zession gegen den Zedenten erwachsen sind. Einreden aus der Person des Zessionars kann der Beklagte erst im Vollstreckungsstadium geltend machen. Bringt jedoch der Beklagte eine Einrede aus der Person des Zedenten vor, die erst nach der Abtretung entstanden ist, setzt er sich also damit zu der materiellen Regel des § 404 BGB. in Widerspruch, so schafft ein für den Beklagten günstiges Urteil keine Rechtskraft gegen den Zessionar. „Der Zessionar allein ist berechtigt, über die zedierte Forderung zu verfügen, auf sie zu verzichten, sich zu vergleichen, sei es außerhalb des Prozesses während des Prozesses, sei es im Prozeß selbst. Wenn dem Zedenten eine Dispositionsbefugnis zugesprochen werden soll, so bindet sie niemals den Zessionar, soweit nicht die Vorschriften über den Erwerb in gutem Glauben eine Ausnahme bedingen.“[2]) Zahlen kann der Beklagte nur an den Zessionar; denn ihm steht der Anspruch zu. Doch kann sich der Beklagte im Prozeß mit dem Zedenten auf diese Zahlung nicht berufen, sondern erst im Vollstreckungsverfahren gemäß § 767 ZPO. Die Widerklage ist nur gegen den Zedenten zulässig. Die Zwangsvollstreckung kann nur der Zessionar betreiben.

§ 18.

Würdigung der einzelnen Theorien und eigene Stellungnahme.

I.

Schon die materielle Seite der Abtretung des rechtshängigen Anspruchs ist eigenartig. Es handelt sich um die Abtretung eines in seiner Existenz bestrittenen Anspruchs. Besteht der Anspruch nicht, so kann er auch nicht abgetreten werden.

Wenn nun das Gesetz die Abtretung eines rechtshängigen Anspruchs gestattet, so kann es einmal so verfahren, daß es die Wirkung der Abtretung davon abhängig macht, daß die Existenz des Anspruchs im Prozeß deklariert wird. Dies ist der Standpunkt Weidlichs. Der Anspruch geht über unter der Bedingung, daß der Prozeßausgang für den Zedenten günstig ist. Die Abtretungswirkung ist auf-

[2]) vgl. Lippmann a. a. O. S. 499 f.

schiebend bedingt durch den glücklichen Prozeßausfall. Es ist dies keine eigentliche Bedingung, sondern eine condicio juris.[1]) Erklärt das Gericht den Anspruch als nicht existent, so gibt es damit eo ipso zu erkennen, daß auch die Abtretung ohne rechtliche Wirksamkeit ist. Eine derartige Regelung liegt aber nicht im Sinne des Gesetzes. Denn geht das Gesetz davon aus, daß — eben weil die Existenz des Anspruchs zweifelhaft ist — der Zessionar erst Zessionar sein soll im Fall einer günstigen Prozeßbeendigung, so darf es vor dieser Beendigung einen Eintritt des Zessionars in den Prozeß auf keinen Fall erlauben. Und die Erklärung des Beklagten, daß er in den Prozeßeintritt des Zessionars einwillige, kann daran nichts ändern. Denn diese Erklärung kann nur besagen, daß der Beklagte kein Interesse hat an der Fortführung des Rechtsstreits mit dem alten Kläger; sie kann aber nicht die Wirkung haben, daß der in seiner Existenz zweifelhafte Anspruch nunmehr zweifellos wird. Nur aber die Existenz des Anspruchs und damit seine Abtretungsmöglichkeit würde den Eintritt des Zessionars bei dieser Regelung rechtfertigen.

Vereinbaren Zedent und Zessionar rechtsgeschäftlich, daß der geltend gemachte Anspruch nur im Fall eines günstigen Prozeßausgangs auf den Zessionar übergehen soll, so hat der Richter das zu berücksichtigen und § 265 gar nicht anzuwenden. Denn hier ist aus materiellen Gründen der Zessionar vor dem Prozeßausgang auf keinen Fall zum Eintritt in den Prozeß und zur Geltendmachung des Anspruchs befugt.

Der Vorwurf, den Weidlich der Ecciusschen Auffassung macht,[2]) daß diese Theorie mehr eine Weiterbildung als eine wörtliche Auslegung des § 265 darstelle, muß Weidlich zurückgegeben werden. Auch sein Standpunkt ist nur ein — für die wörtliche Auslegung — verschlossener Ausweg, um der Komplikationen des § 265 Herr zu werden; auch sein Standpunkt zeigt nur, wie die Rechtsordnung die Streitabtretung hätte vielleicht regeln sollen: de lege lata ist die Theorie Weidlichs mit Rücksicht auf das sofortige Prozeßübernahmerecht des Zessionars nicht haltbar.

Weidlich deutet noch eine zweite Art an,[3]) wie das Gesetz die Abtretung des rechtshängigen Anspruchs sich denken kann. Der Anspruch geht nicht bedingt über, sondern er geht unbedingt als bedingter über. Die Abtretungswirkung tritt sofort ein, und

---

[1]) vgl. Weidlich a. a. O. S. 300.
[2]) vgl. Weidlich a. a. O. S. 297.
[3]) vgl. Weidlich a. a. O. S. 308.

das Risiko wird auf den Zessionar übertragen. Es fragt sich aber, ob der rechtshängige Anspruch schlechtweg als bedingter bezeichnet werden kann.

Macht jemand einen Anspruch im Prozeß geltend, so macht er einen Anspruch geltend, der ihm — so, wie er ihn in der Klage substantiiert — nach materiellem Recht zustehen soll. Dieser Anspruch steht ihm nun nach materiellem Recht entweder wirklich zu oder er steht ihm nicht zu. Steht er ihm zu, so kann seine Existenz nicht mehr bedingt sein durch einen glücklichen Prozeßausgang. Spricht das ergehende Urteil dem Kläger den Anspruch zu, so deklariert es nur etwas Bestehendes, so sichert es dem Kläger nur die Realisierung des Anspruchs. Aber auf keinen Fall hat es die konstitutive Bedeutung, daß der Anspruch damit erst entsteht. Spricht aber das Urteil trotz der Existenz des Anspruchs seine Nichtexistenz aus, so kann man nicht sagen: das die Existenz des Anspruchs bedingende Ereignis — die Anerkennung von seiten des Gerichts — ist nicht eingetreten, sondern umgekehrt: es ist ein Ereignis eingetreten, das die Existenz des Anspruchs mit konstitutiver Wirkung beseitigt. Das falsche Urteil wirkt konstitutiv: es wirkt wie eine dem Kläger aufgezwungene Erlaßerklärung. Man könnte also höchstens sagen: der Anspruch ist auflösend bedingt; der Anspruch hört auf zu existieren mit der falschen Entscheidung des Gerichts. Ob aber ein Ereignis wie eine falsche Entscheidung des Gerichts Bedingung sein kann, ist mehr als fraglich.

Steht der Anspruch nach materiellem Recht dem Kläger nicht zu, so besteht — was charakteristisch für den bedingten Anspruch wäre — zwischen Kläger und Beklagtem überhaupt keine zivilrechtliche Verbindung. Die Bedingung für die Existenz des Anspruchs wäre der richterliche Ausspruch der Existenz des Anspruchs trotz seiner Nichtexistenz, also wiederum eine falsche Entscheidung des Gerichts. Es kann nun aber hier keinesfalls der Beklagte verpflichtet sein, den Eintritt dieser Bedingung nicht zu vereiteln.[4]) Für den bedingten Anspruch ist es wesentlich, daß der Berechtigte eine rechtmäßige Anwartschaft auf den Anspruch hat. Hier aber hat der Kläger nur eine tatsächliche Anwartschaft. Die Bedingung, von welcher die Existenz des Anspruchs abhängt, ist eine condicio turpis.

Es kann also der rechtshängige Anspruch als bedingter nicht bezeichnet werden, und es scheitert deshalb dieser Versuch,

[4]) vgl. § 162 BGB.

den sofortigen Übergang des rechtshängigen Anspruchs auf den Zessionar zu erklären.

Die Lösung liegt darin, daß das Gesetz den rechtshängigen Anspruch **bezüglich seiner Abtretungsmöglichkeit** als existent fingiert. In dem Moment, wo die Rechtsordnung die Abtretung eines rechtshängigen Anspruchs mit sofortiger Wirksamkeit[5]) gestattet, muß sie das Bestehen des Anspruchs — soweit seine Abtretungsmöglichkeit in Betracht kommt — fingieren, so lange fingieren, bis das Prozeßergebnis das Bestehen des Anspruchs bestätigt oder seine Nichtexistenz deklariert. Nur auf der Basis einer Fiktion läßt sich die Stellungnahme des § 265 erklären; nur so ist es insbesondere zu rechtfertigen, daß der Zessionar sogleich mit Einwilligung des Beklagten den Prozeß übernehmen und als Anspruchssubjekt auftreten kann.

II.

Das Gesetz fingiert die Existenz des Anspruchs, soweit es sich um seine Abtretungsmöglichkeit handelt. Daraus ergibt sich folgerichtig, daß an sich nunmehr der Zessionar den Anspruch geltend machen könnte. Hier aber kommt ein prozessuales Bedenken. Durch die Klageerhebung des Zedenten ist zwischen Kläger und Beklagtem eine Prozeßobligation entstanden, die nicht ohne weiteres gelöst werden kann. Der Beklagte ist durch die Klageerhebung des ursprünglichen Gläubigers gezwungen worden, sich in einen Prozeß mit ihm einzulassen; es soll nun aber diesem Kläger nicht möglich sein, dem Beklagten statt seiner einen neuen Kläger gegenüberzustellen. Das Prozeßrechtsverhältnis soll so, wie es durch die Klageerhebung des Zedenten begründet worden ist, unverändert weiterbestehen. Eine einseitige, ohne Einwilligung des Beklagten erfolgende Lösung des Prozeßrechtsverhältnisses könnte für den Beklagten eine Reihe von Nachteilen bringen.[6])

Angenommen z. B., der Beklagte hat gegen den Kläger eine Gegenforderung, welche dessen Klageanspruch übersteigt. Tritt hier der Zessionar in den Prozeß ein, so kann der Beklagte durch die Erhebung der Aufrechnungseinrede höchstens Klageabweisung erlangen; dagegen kann er keine Widerklage erheben und damit völlige Befriedigung erreichen.

---

[5]) Es wird von keiner Theorie außer derjenigen von Weidlich bestritten, daß außerhalb des Prozesses die Wirkungen der Abtretung sogleich mit der Abtretung eintreten.

[6]) vgl. Arndt, Beitr. z. Erl. d. deutschen R. Bd. 22 S. 335; Reinhardt ebenda Bd. 40 S. 82.

Auch bei der Eideszuschiebung kann für den Beklagten die Erhaltung seiner prozessualen Position von großer Bedeutung sein. Hat er dem ursprünglichen Kläger einen Eid zugeschoben, den dieser de veritate schwören müßte, so kann es bei Eintritt des Zessionars leicht geschehen, daß der Zessionar den Eid nur als Überzeugungseid leisten müßte. Allerdings könnte hier — worauf Kohler hinweist[7]) — abgeholfen werden durch Vernehmung des Zedenten als Zeuge. Denn da der Zedent völlig aus dem Prozeß ausscheidet, so ist er nicht mehr Partei und seiner Einvernahme als Zeuge steht nichts im Wege.[8])

Auch das Zeugnisverweigerungsrecht kann in einer für den Beklagten nachteiligen Weise erweitert werden, indem ein Zessionar in den Prozeß eintritt, mit dem ein wichtiger Zeuge verwandt ist.

Schließlich kann auch der Beklagte schon allein wegen der Haftung für die Prozeßkosten an der unveränderten Klägerstellung des ursprünglichen Gläubigers das größte Interesse haben. Angenommen, der ursprüngliche, durchaus solvente Kläger merkt, daß der Prozeß für ihn einen ungünstigen Ausgang nimmt, und tritt deshalb den Anspruch an einen Zahlungsunfähigen ab, so würde — falls die Rechtsordnung ohne weiteres aus der zivilistischen Sukzession die prozessuale folgen ließe — den Zessionar die ganze Kostenhaftung treffen. Der Beklagte würde damit die Aussicht verlieren, die auf seiner Seite entstandenen Prozeßkosten ersetzt zu erhalten.

Wenn Lippmann behauptet,[9]) durch den Prozeßeintritt des Zessionars an sich werde die Lage des Beklagten nicht verschlechtert, so ist zuzugeben, daß die Lage nicht immer verschlechtert zu werden braucht. Aber auf jeden Fall ist es möglich, daß sie verschlechtert wird, und mit dieser Möglichkeit muß die Rechtsordnung rechnen. Das Richtige wäre es wohl gewesen, den Eintritt des Sukzessors in das Ermessen des Gerichts zu stellen,[10]) wie das Gesetz ja auch die Zulassung der Klageänderung (§ 264 ZPO.) in das Ermessen des Gerichts stellt.

Mit Rücksicht auf diese oben dargelegten prozessualen Erwägungen also bleibt der ursprüngliche Kläger trotz der materiell wirksamen Abtretung zur Fortführung des Rechtsstreits legitimiert.

Es fragt sich nun, ob aus dieser Legitimation des Zedenten zur Prozeßfortführung rückwärts der Schluß gezogen werden

---

[7]) vgl. Kohler, Zeitschr. f. Zivilpr. Bd. 12 S. 121.
[8]) vgl. Seufferts Arch. Bd. 38 S. 467; Petersen zu § 265, 9.
[9]) vgl. Lippmann a. a. O. S. 480.
[10]) vgl. Kohler a. a. O. S. 121.

kann, daß er im Prozeß auch materiell noch als Träger des geltend gemachten Anspruchs anzusehen sei. Es fragt sich also, ob man folgende Erwägung anstellen darf:

Zur prozessualen Geltendmachung eines Anspruchs ist nur das Subjekt dieses Anspruchs befugt. Wenn nun der Zedent den Anspruch auch nach der Abtretung noch geltend machen kann, so folgt, daß im Prozeß der Zedent noch als Subjekt des Anspruchs zu gelten hat, daß die Abtretung für den Prozeß unbeachtlich ist.

Dieser Gedankengang liegt wohl der Irrelevanztheorie[11]) zugrunde. Er beschränkt sich nicht auf das engere Gebiet des § 265, sondern greift hinüber in das vielbestrittene Feld des Parteibegriffs. Er sieht in der Partei mit Wach das aktive und passive Subjekt der res in iudicium deducta.[12])

Tatsächlich hat eine Auffassung, die an dem alten Parteibegriff festhält, in diesem Gesichtspunkt eine wesentliche Stütze für die Unbeachtlichkeit der Zession im Prozeß. Jede Theorie, die den alten Parteibegriff beibehält und trotzdem die Zessionswirkung im Prozeß durchdringen läßt, muß zur Konstruktion einer Vertreterschaft gelangen.

Das zeigt sich z. B. bei der Mittelmeinung Wachs der — wie oben betont — ganz besonders die alte Parteidefinition vertritt. Wach will dem Beklagten, der außergerichtlich ein Abkommen mit dem Zessionar getroffen hat (etwa einen Vergleich geschlossen, Stundung, Erlaß verabredet hat), auch im Prozeß die Einrede aus diesem Abkommen gegenüber dem Zedenten zugestehen. Wie soll das möglich sein? Partei ist der Zedent; er gilt dem Richter als Subjekt des Anspruchs. Macht nun der Beklagte geltend, daß ihm der Zessionar die Forderung erlassen habe, so kann der Richter dem gar keine Beachtung schenken. Welches Recht soll — wenn der Zedent für den Richter als Träger des Anspruchs gilt — der Zessionar zu solchen Dispositionen haben? Wach hilft sich mit dem Satz: „Die nach der Zession stattgefundenen rechtsverändernden Dispositionen seines Rechtsnachfolgers hat der Zedent gegen sich gelten zu lassen, gleich als wäre jener sein verfügungsberechtigter Vertreter". Doch kann Wach für diesen Satz keine gesetzliche Unterlage bringen. Er erkennt — völlig konsequent — die ungeschmälerte Parteistellung des Zedenten an, aber um

[11]) Die Hauptvertreter der Irrelevanztheorie — Gaupp-Stein und Seuffert — stehen heute allerdings auf dem Boden des neuen Parteibegriffs.

[12]) vgl. Wach, Lehrb. Bd. 1 S. 613.

„Raum für die Anerkennung der Wirklichkeit zu gewinnen", bringt er zu der ersten Fiktion von der Unbeachtlichkeit der Zession im Prozeß noch eine weitere Fiktion, welche die Wirklichkeit geradezu umstellt.

Die Theorie von Wach ist eine Mittelmeinung, und darin beruht ihre Schwäche. Bei der Stellungnahme zu § 265 gibt es keinen Kompromiß. Entweder muß die materiell wirksame Zession zum Durchbruch kommen und dann konsequenterweise eine Dispositionsmöglichkeit des Zedenten in jeder Beziehung ausgeschaltet werden oder aber man läßt dem Zedenten für den Prozeß — neben der prozessualen Parteistellung und aus ihr folgend — die materielle Stellung, die er vor der Abtretung hatte; dann muß dem Zessionar ein Verfügungsrecht versagt sein. Auf keinen Fall aber darf dem Zedenten und dem Zessionar die Möglichkeit gegeben werden, über den Anspruch zu disponieren.

Nach Wach darf der Zedent gerichtlich, der Zessionar außergerichtlich materielle Dispositionsakte mit dem Beklagten vornehmen. Wie ist es nun, wenn beide von diesem Recht in widersprechender Weise Gebrauch machen? Welcher Dispositionsakt soll hier wirksam sein? Wessen Wille ausschlaggebend?[13])

Bei der Wachschen Auffassung wird die Lage des Beklagten nicht nur nicht verschlechtert, sondern sogar verbessert.[14]) Der Beklagte kann Einreden gegen den Zedenten vorbringen, gleichviel ob sie vor oder nach der Zession entstanden sind, und kann außerdem auch Einreden gegen den Zessionar geltend machen, die nach der Zession erwuchsen. Der Wille der Rechtsordnung ist jedoch lediglich darauf gerichtet, eine Verschlechterung der prozessualen Lage des Beklagten zu vermeiden, nicht aber auf eine positive Verbesserung.

Einen weiteren Grund hat Behrend[15]) gegen die Theorie von Wach angeführt, der mir jedoch nicht stichhaltig erscheint. Er sagt: „Können die Einwendungen der Zahlung, des Vergleichs, des Verzichts dem Zedenten entgegengesetzt werden, so muß demselben notwendigerweise auch die Disposition über die dem Zessionar gegen diese Einreden zustehenden Verteidigungsmittel eingeräumt werden. Der Zessionar würde ohne Zustimmung des Beklagten nur als Nebenintervenient mitsprechen können, obwohl es sich um Verfügungen handelt, die nicht der Kläger, sondern er selbst getroffen haben soll, und die Ent-

[13]) vgl. Lippmann a. a. O. S. 455.
[14]) vgl. Reinhardt, Beitr. z. Erl. d. deutschen R. Bd. 40 S. 77.
[15]) vgl. Behrend, Beitr. z. Erl. d. deutschen R. Bd. 31 S. 460.

scheidung für das Rechtsverhältnis des Zessionars zum Beklagten bestimmend sein würde. Im Hinblick auf den Schlußsatz im Abs. 2 des § 265, nach welchem dem als Nebenintervenienten auftretenden Zessionar die Befugnisse des Streitgenossen ausdrücklich versagt werden, ist dies ein den Zessionar in unbilliger Weise gefährdetes Resultat".

Meines Erachtens genügt die Bestimmung, daß der Zessionar als Nebenintervenient auftreten kann, zu seinem Schutz vollständig. Allerdings ist er nicht streitgenössischer Nebenintervenient, kann er keine Erklärungen abgeben, keine Handlungen vornehmen, die mit denen des Zedenten in Widerspruch stehen. Würde aber der Zedent vermöge seiner dominierenden Stellung irgendein Vorbringen des Zessionars, welches für das Abkommen zwischen Zessionar und Beklagtem wesentlich ist, nicht zur Geltung kommen lassen, so wäre die Haltung des Zedenten dolos und der Zessionar hätte einen Schadensersatzanspruch.[16])

III.

Es zeigte sich schon oben, daß die Konstruktion der Streitzedentenstellung mit der Frage des Parteibegriffs verknüpft ist. So ergibt sich von selbst die Folge, daß in allen Erörterungen, die dem Parteibegriff gelten, auch die Stellung des Streitzedenten berührt und behandelt wird. Im Rahmen dieser Arbeit kann auf die weitgreifende Frage des Parteibegriffs nicht näher eingegangen werden. Es ist dies auch nicht erforderlich; denn nach der Auffassung, die ich von § 265 habe, bleibt der Zedent die normale Partei der Zivilprozeßordnung.[17])

Der neue Parteibegriff, der zuerst von Oetker[18]) aufgestellt wurde und einen bedeutenden Anhang gefunden hat, läßt sich im wesentlichen in die Formel fassen:

Partei ist is, qui rem in judicium ducit und is, contra quem res in judicium deducitur.

Es läuft diese Definition auf eine Verneinung der völligen Korrespondenz zwischen zivilistischer und prozessualer Stellung hinaus; auch derjenige, der in gar keinem zivilistischen Verhältnis zum Anspruch steht, kann ihn im eigenen Namen geltend machen, in der Weise jedoch, daß die zivilistischen Wirkungen auf den zivilistisch Berechtigten fallen. Darauf beruht die Theorie Kohlers. Er konstruiert eine neue prozessuale Figur, die Figur der Prozeß-

---

[16]) Über einen weiteren Haupteinwand gegen die Wachsche Theorie vgl. unten V N. 43.

[17]) vgl. unten VII N. 55.

[18]) vgl. Oetker, Jur. Literaturblatt 1890 S. 189, Konkursrechtliche Grundbegriffe Bd. 1 S. 318 ff.

standschaft. Auf die Möglichkeit und Notwendigkeit der Figur der Prozeßstandschaft überhaupt soll hier nicht eingegangen werden.[19]) Sie soll nur so weit in den Kreis dieser Betrachtung gezogen werden, als der Standpunkt Kohlers bezüglich des § 265 dies erfordert.

Kohler, der oft als grundsätzlicher Anhänger der Ecciusschen Theorie betrachtet und genannt wird, kann als solcher nicht bezeichnet werden. Einerseits gibt er dem Zedenten innerhalb des Prozesses das Recht zu Vergleich und Verzicht; andrerseits erkennt er an, daß das Urteil auch auf den Zedenten gestellt werden könne. Damit ergibt sich zunächst bei Kohler der gleiche — vom Standpunkt des materiellen Rechts aus nicht zu rechtfertigende — Zwiespalt wie bei Wach: Sowohl der Zedent wie der Zessionar sind berechtigt, über den Anspruch zu verfügen.[20])

Daneben gerät Kohler noch in sonstige Widersprüche. Kohler geht von dem Satz aus, daß bei der Entscheidung über einen im Prozeß verfolgten Anspruch auch diejenigen Änderungen des materiellen Rechts zu berücksichtigen sind, welche während des Prozesses eintreten. Daraus folgert er, daß vom Moment der Veräußerung an die zivilistischen Rechtsschicksale so berücksichtigt werden müssen, wie sie sich aus der Veräußerung ergeben. Wie verträgt sich aber damit die von Kohler zugegebene Tatsache, daß das Urteil auf den Zedenten gestellt werden kann? Ist das eine Berücksichtigung der zivilistischen Rechtsschicksale? Kohler verkennt diese „Inkongruenz" nicht. Was er jedoch zu ihrer Ausgleichung geltend macht, kann nicht ausreichen. Er erklärt den Umstand, daß das Urteil auf den Zedenten gestellt wird, damit, daß hier die Prozeßstandschaft sich über das Urteil hinaus fortsetze. „Der Inhaber der Prozeßstandschaft bleibt Inhaber derselben auch für diejenigen Aktionen, welche dem Urteil nachfolgen, soweit sie nur zur Fortsetzung der in den Prozeß gelegten Interessen dienen. Der Inhaber der Prozeßstandschaft kann — nach dem Urteil — Zahlung annehmen und Vergleiche schließen."[21]) Derartig weitgehende Befugnisse des Zedenten vertragen sich aber — selbst wenn man die Kohlersche Prozeßstandschaft als richtig anerkennt — mit dieser Figur nicht. Die Prozeßstandschaft hat nur Raum im Prozeß. Hört der Prozeß auf, so hat auch die Prozeßstandschaft

---

[19]) In der Literatur hat sie außer Stegemann keine Anhänger gefunden (vgl. oben § 15 N. 1).

[20]) vgl. oben II S. 44.

[21]) vgl. Kohler a. a. O. S. 113.

ihr Ende erreicht. Der Prozeßstandschafter hat lediglich das Recht, einen Rechtsstreit zu führen. Ist der Rechtsstreit beendigt, so ist seine Rolle ausgespielt. Wenn die Rechtsordnung den Willen hat, den Prozeß als Prozeß des Zedenten zu behandeln, den Anspruch jedoch als Anspruch des Zessionars, welchen Zweck soll sie dann damit verfolgen, daß sie trotzdem ein Urteil dahin zuläßt, daß der Anspruch dem Zedenten zustehe? Soll sie bloß deshalb, weil der Zedent sich etwa weigern könnte, Verurteilung an den Zessionar zu beantragen, diesen umständlichen Weg der Urteilsstellung auf den Zedenten gewählt haben?

Wenn Kohler zugibt, daß der Anspruch als Anspruch des Zessionars im Prozeß zu behandeln ist,[22]) und trotzdem dem Prozeßstandschafter ein Recht zu prozessualem Vergleich und Verzicht gibt, so beruht das auf einer irrigen Auffassung dieser prozessualen Dispositionsakte. Gewiß sind Vergleich und Verzicht innerhalb des Prozesses prozessuale Handlungen; sie wirken lösend auf den Prozeß ein. Aber sie sind nicht rein prozessuale Handlungen, sie haben gemischten Charakter. Sie entspringen dem materiellen Verfügungsrecht über den Anspruch, bezüglich dessen Vergleich und Verzicht zustande kam, und haben deshalb stets eine materielle Rechtsstellung zur Voraussetzung.[23]) Wenn nun Kohler eine materielle Rechtsstellung des Zedenten leugnet und diese zivilistische Rechtslage berücksichtigt wissen will, so darf er dem Zedenten auch nicht die Befugnis zu prozessualem Vergleich und Verzicht geben.

Kohler widerspricht sich auch bei Beantwortung der Frage, in welchem Umfang dem Beklagten die Erhebung der Widerklage zusteht.[24]) Auch hier muß er von dem Satz ausgehen, daß die zivilistischen Rechtsschicksale so berücksichtigt werden müssen, wie sie sich aus der Veräußerung ergeben. Denn die Frage, in welchem Umfang der Beklagte das Recht der Widerklage hat, ist eng verknüpft mit der Frage, welche Einreden materiell dem Beklagten zustehen. Die Widerklage ist nach § 33 ZPO. stets dann zulässig, wenn der Gegenanspruch mit dem Verteidigungsmittel im Zusammenhang steht, das gegen

---

[22]) vgl. darüber auch unten V N. 43.

[23]) Kohler hält prozessualen Vergleich und Verzicht für rein prozessuale Handlungen; vgl. Kohler, Prozeß als Rechtsverhältnis S. 60 ff. Demgegenüber erachtet Eccius diese Akte als materielle Rechtsgeschäfte; vgl. Eccius, Beitr. z. Erl. d. deutschen R. Bd. 30 S. 465 f. Den gemischten Charakter dieser Akte betont — wenn auch nicht mit aller Schärfe — Wach a. a. O. S. 790 N. 24; ebenso Rechtspr. d. OLG. Bd. 1 S. 1.

[24]) vgl. Lippmann a. a. O. S. 444 f.

den geltend gemachten Anspruch vorgebracht wird. Dabei ist Voraussetzung, daß das Verteidigungsmittel materiell gegenüber der Klage zulässig ist.[25]) Ist es aber zulässig, so kann auch eine das Verteidigungsmittel betreffende Widerklage erhoben werden. Daraus folgt, daß Kohler überall dem Beklagten die Widerklage gestatten muß, wo er ihm eine Einrede zugesteht, und daß er ihm überall die Widerklage versagen muß, wo er ihm auch die Einrede versagt. Kohler zieht aber diesen unabweisbaren Schluß nicht und verstößt so erheblich gegen das materielle Recht, dessen Berücksichtigung gerade er besonders betont. Er gibt dem Beklagten eine Einrede gegen den Zedenten aus einem Rechtsgeschäft, das der Beklagte nach der Zession mit dem Zessionar vorgenommen hat, er versagt ihm aber eine entsprechende Widerklage. Andrerseits versagt er dem Beklagten eine Einrede, die ihm nach der Kenntnis der Zession gegen den Zedenten entstanden ist, gibt ihm aber gleichwohl das Recht, eine entsprechende Widerklage gegen den Zedenten zu erheben.

So zeigen sich auch bei der Kohlerschen Ansicht Inkonsequenzen, welche diese Auffassung als unhaltbar erscheinen lassen. Sie hält nicht das, was sie verspricht: die Berücksichtigung der materiellen Rechtslage in jeder Beziehung.

IV.

In den drei bisher gewürdigten Theorien zeigt sich überall das Bestreben, eine Regelung zu finden, welche die materielle Rechtslage zur Geltung kommen läßt, ohne die Parteieigenschaft des Zedenten zu schmälern. Die Weidlichsche Theorie scheitert jedoch daran, daß sie ein anderes als das existente materielle Recht ihrem Aufbau zugrunde legt; die Theorien von Wach und von Kohler sind deshalb unzulänglich, weil sie das materielle Recht nicht konsequent und in allen Stücken durchdringen lassen, sondern den Zedenten noch teilweise als Anspruchssubjekt behandeln.

Demgegenüber nun betont die Theorie von Eccius vor allem die materielle Wirksamkeit der Abtretung und läßt den Prozeß sich so entwickeln, als ob der Zessionar in den Prozeß eingetreten wäre und der Zedent den Zessionar nur verträte.

---

[25]) Auf die Kontroverse, ob eine Widerklage im Anschluß an das Verteidigungsmittel auch dann gestattet ist, wenn das Verteidigungsmittel materiell nicht zulässig ist, braucht nicht eingegangen zu werden. Den Stand der Meinungen s. bei Gaupp-Stein zu § 33 IV N. 44. Denn darüber, daß die Widerklage zulässig ist, wenn das Verteidigungsmittel materiell geeignet ist, herrscht kein Streit.

Die notwendige Folge dieser Regelung ist, daß von der Parteiqualität des Zedenten nur sehr wenig übrigbleibt.

Diese „Verflüchtigung der Parteirolle des Zedenten zu einem Schemen“ vor allem hat Wach veranlaßt, gegen die Auffassung von Eccius Stellung zu nehmen.[26])

Wach wirft zunächst die Frage auf, ob man dann noch sagen könne, „die Abtretung hat auf den Prozeß keinen Einfluß“, wenn das Prozeßsubjekt nicht mehr Verurteilung für sich, sondern für Dritte erbittet. Er kommt zur Verneinung dieser Frage, weil er das Prozeßsubjekt in materieller Hinsicht als Subjekt des im Streit befangenen Rechtsverhältnisses betrachtet. In dem Augenblick, wo das Prozeßsubjekt Verurteilung für einen andern begehre, sei es nicht mehr dasselbe. Da aber der Prozeß durch die Prozeßsubjekte seine individualisierenden Momente empfange, so müsse in diesem Augenblick der Prozeß als alteriert betrachtet werden. Gerade weil Partei das Subjekt der res in judicium deducta sei, so sei eine Umänderung des Klageantrags in der von Eccius befürworteten Form prozessual nicht möglich.

Diesen ersten Gegengrund kann ich mir deshalb nicht zu eigen machen, weil er allein auf der alten Parteidefinition beruht, auf der Annahme einer völligen Korrespondenz zwischen zivilistischer und prozessualer Stellung. Er entfällt, wenn man diese Korrespondenz leugnet. Da ich jedoch — wie oben betont — zu der Frage des Parteibegriffs im Rahmen dieser Erörterung keine Stellung nehmen kann, so darf ich diesen Gesichtspunkt nicht verwerten.

Aus dem gleichen Grunde kann ich auch ein zweites Argument nicht benutzen, das Wach gegen Eccius ins Feld führt.[27]) Wach sagt: Die Tatsache, daß nach Eccius dem Beklagten gegenüber dem für sich bittenden Zedenten der Einwand der mangelnden Sachlegitimation gestattet sei, vertrage sich nicht mit Abs. 3 des § 265. Denn der Einwand der mangelnden Aktivlegitimation beschränke sich auf die im Abs. 3 des Paragraphen angeführten Fälle. Demgegenüber macht Eccius geltend, daß der Beklagte nur den Einwand entgegensetzen könne, der Zedent sei nicht mehr berechtigt, für sich zu klagen. Der Abs. 3 des § 265 treffe dagegen die Fälle, wo der Einwand geltend gemacht wird, der Zedent sei überhaupt nicht mehr berechtigt, zu klagen. Auch hier ist die nicht zu erörternde Frage ausschlaggebend, ob es überhaupt mit dem Parteibegriff vereinbar ist,

[26]) vgl. Wach a. a. O. S. 786 ff.; vgl. auch Paul Mayer a. a. O. S. 311 ff.; Behrend a. a. O. S. 458 ff.; Lippmann a. a. O. S. 408 ff.

[27]) vgl. auch Gaupp-Stein zu § 265 IV a.

daß die Partei nicht für sich, sondern für einen andern als Anspruchssubjekt bittet.

Nach Eccius muß der Zedent vom Moment der Abtretung an Verurteilung an den Zessionar erbitten. Wie ist es nun zu halten, wenn der Zedent sich sträubt, sein petitum auf den Zessionar zu stellen. Eccius befürwortet hier trotzdem Verurteilung an den Zessionar. Dagegen macht Wach § 308 ZPO. geltend:

„Das Gericht ist nicht befugt, einer Partei etwas zuzusprechen, was nicht beantragt ist." Gegen diesen Einwand Wachs bemerkt Kohler, das Urteil habe im Fall des § 265 kraft Gesetzes stets die Bedeutung: Zahle an den Kläger bezw. an denjenigen, welcher während des Prozesses Zessionar des Klägers geworden ist! Etwas anderes könne gar nicht bestimmt werden. Wenn also der Kläger Verurteilung an sich erbitte, so erbitte er zugleich Verurteilung an den Zessionar.

Diese Argumentation Kohlers wirkt meines Erachtens doch etwas gekünstelt, und ich sehe keinen Grund dafür, warum Eccius und Kohler nicht die Klage abweisen. Wenn sie die zivilistischen Rechtsschicksale berücksichtigen wollen, so ist ein Antrag des Zedenten nach stattgehabter Zession zur Verurteilung an ihn unzulässig und muß eine Klagabweisung zur Folge haben.[28]) Wach ist deshalb recht zu geben, wenn er vom Standpunkt der Ecciusschen Lehre aus die Konsequenz zieht, daß der Zedent, der Verurteilung an sich verlangt, abgewiesen werden muß.[29])

Auch dagegen wird angekämpft, daß Eccius dem Zedenten die Befugnis abspricht, im Prozeß ohne Zustimmung des Zessionars wirksam auf den Anspruch zu verzichten oder sich darüber zu vergleichen. Eccius gestattet dem Zedenten alle prozessualen Handlungen. Ob prozessualer Vergleich und Verzicht Prozeßhandlungen sind, ist bestritten. Es ist schon oben[30]) betont worden, daß sie einen gemischten Charakter haben. Deshalb kann vom Ecciusschen Standpunkte aus, der dem Zedenten lediglich prozessuale Befugnisse läßt, materiell ihn aber zum Vertreter des Zessionars — also handelnd nach dessen Intentionen — stempelt, diese Auffassung nicht als Inkonsequenz bezeichnet werden. Wenn Wach fragt, wer überhaupt dann diese Dis-

---

[28]) vgl. auch unten VII S. 59.

[29]) Unrichtig Gaupp-Stein zu § 265 IVa N. 33, der Wach selbst diesen Standpunkt imputiert, während Wach — wie oben gezeigt — die Auffassung vertritt, daß das Urteil auf den Zedenten zu stellen ist.

[30]) vgl. oben III N. 23.

positionsakte vorzunehmen befugt sein soll, so ist darauf von der Ecciusschen Theorie aus zu antworten: Der Zedent mit Zustimmung des Zessionars.[31])

Alles, was bisher gegen die Theorie von Eccius vorgebracht wurde, erscheint mir jedoch wenig einschneidend gegenüber einem andern Gesichtspunkt, der tatsächlich die Ecciussche Lehre als unhaltbar erscheinen läßt.

§ 236 Abs. 3 ZPO. a. F., der ohne die Absicht einer sachlichen Änderung[32]) in § 325 übernommen wurde, lautet in einer allgemein anerkannten — und durch die Novelle v. 17. 5. 1898 autoritativ gebilligten — extensiven Interpretation: „Die Entscheidung ist in Ansehung der Sache selbst auch für und gegen den Rechtsnachfolger wirksam und vollstreckbar". „Diese Vorschrift hat nur Sinn, wenn das Urteil nicht schon auf den Namen des Zessionars lautet."[33]) Als Beweis für den Willen der Rechtsordnung, daß das Urteil auf den Zedenten lautet, können vor allem die Motive dienen, die ausdrücklich betonen[34]): die württembergische Zivilprozeßordnung erziele in ihrem Art. 247 durch die dem Rechtsnachfolger auferlegte Verpflichtung, den Prozeß aufzunehmen, den Vorteil, daß das verurteilende Erkenntnis sofort auf den Namen des Rechtsnachfolgers gestellt werden könne. Dieser Vorteil werde aber dadurch mehr als aufgewogen, daß ein Streit über jene Verpflichtung sich entwickeln könne. Klarer kann wohl die Absicht des Gesetzes, daß das Urteil auf den Zedenten zu stellen ist, nicht ausgesprochen werden. Wenn Reinhardt dagegen geltend macht,[35]) die Bestimmung des § 236 Abs. 3 a. F. habe schon deshalb ihre selbständige Bedeutung, weil möglicherweise die Rechtsnachfolge im Prozeß gar nicht zur Sprache komme, so spricht dagegen vor allem der Wortlaut der Motive. Es spricht dagegen aber auch die ganze Technik der Zivilprozeßordnung, die stets davon ausgeht, daß das Urteil auf denjenigen zu stellen ist, der Partei ist, und die es sicher nicht mit Stillschweigen übergangen hätte, wenn im Fall des § 265 das Urteil, obwohl der Zedent Partei bleibt, auf den Zessionar zu stellen wäre. Die Ecciussche Theorie entspricht in dieser Beziehung zweifellos dem Gesetzeswillen nicht, und sie könnte nur dann trotz dieses Mangels befriedigen, wenn ihr Bestreben, die materielle Rechtslage durchdringen zu lassen, auf einem andern Weg nicht erreicht werden könnte.

---

[31]) vgl. übrigens auch § 794 Nr. 1 ZPO.
[32]) vgl. oben § 3 N. 1.
[33]) vgl. Wach a. a. O. S. 788.
[34]) Mot. S. 190.
[35]) vgl. Reinhardt a. a. O. S. 78c.

Denn das ist ein unleugbarer Vorzug der Theorie von Eccius, daß sie das materielle Recht respektiert, daß sie nicht ein Urteil schaffen will, das die zivilistischen Rechtsschicksale ignoriert. Die notwendige Folge aber jeder die materielle Rechtslage berücksichtigenden Regelung ist das Auftauchen von Schwierigkeiten für den Fall, daß die Rechtsnachfolge bestritten ist. Die Bemerkung der Motive, bei der Regelung des § 265 im Sinne der Zivilprozeßordnung lasse sich ein Streit über die Rechtsnachfolge vermeiden, ist unzutreffend. Indem die Rechtsordnung die sofortige Wirkung der Abtretung anerkennt,[36]) muß sie folgerichtig dem Zedenten das Recht zu Dispositionsakten über den zedierten Anspruch auch innerhalb des Prozesses nehmen. Wird daher z. B. die Behauptung des Beklagten, der Anspruch sei vom Kläger abgetreten worden, vom Kläger bestritten, so entsteht ein Zweifel auch darüber, ob der Kläger noch Vergleich und Verzicht bezüglich dieses Anspruchs aussprechen kann. Hier ergibt sich notwendig für das Gericht die Pflicht, auf die Frage der Rechtsnachfolge einzugehen.[37]) Wollte die Rechtsordnung einen Streit über die Rechtsnachfolge vermeiden, so durfte sie dem Zessionar überhaupt nicht gestatten, als Nebenintervenient aufzutreten. Denn es ist leicht denkbar, daß jemand behauptet, Zessionar zu sein und infolgedessen ein rechtliches Interesse am Sieg des Klägers zu haben, während von den Parteien seine Zessionareigenschaft geleugnet wird. Hier ist ein Eingehen auf die Frage der Rechtsnachfolge unvermeidbar und unbestreitbar. Gerade infolge dieser Zulassung der Nebenintervention kann überhaupt keine Theorie eine Lüftung der Rechtsnachfolgefrage vermeiden, und die oben zitierte Bemerkung der Motive ist nur ein Zeichen dafür, daß der Gesetzgeber sich selbst über die praktischen Konsequenzen des § 265 nicht klar war. Der Vorwurf, der vielerseits gegen die Theorie von Eccius erhoben wird, daß sie nur für den Fall einer von den Parteien anerkannten Zession passe, weil sie in jedem andern Fall die Frage der Rechtsnachfolge aufrolle, kann daher nicht stichhaltig sein; diesem Vorwurf kann überhaupt keine Theorie entgehen.

Aber ein anderer Punkt zeigt noch — außer der Urteilsstellung auf den Zessionar —, daß die Ecciussche Regelung nicht im Sinne der Zivilprozeßordnung liegen kann. Nach Eccius ist der Zedent materiell der Vertreter des Zessionars. Wie verträgt sich damit die Tatsache, daß der Zessionar dem Zedenten als Nebenintervenient beitreten kann? Es ist das Wesen der

[36]) vgl. darüber oben I N. 5 und unten V N. 40.
[37]) vgl. Rehbein, Komm. z. BGB. zu § 398 S. 385.

Nebenintervention, daß der Nebenintervenient beitritt, um dem Verfechter eines ihm, dem Nebenintervenienten, fremden Anspruches zum Sieg zu verhelfen. Hier würde aber der Zessionar seinem Vertreter, also im letzten Grunde sich selbst, als Nebenintervenient beitreten. Eine derartige Regelung, welche festgelegte prozessuale Begriffe stillschweigend über den Haufen wirft, kann nicht dem Willen der Rechtsordnung entsprechen.

Die Theorie von Eccius ist wohl diejenige, die praktisch am wenigsten Bedenken erregt. Einerseits berücksichtigt sie das materielle Recht, andrerseits operiert sie nicht mit Kompromissen und Halbheiten, sondern geht konsequent ihren Weg durch. Das ändert aber nichts an der Tatsache, daß sie sich bezüglich der Frage, auf wen das Urteil zu lauten hat, über das klare Gesetz hinwegsetzt und weiterhin den prozessualen Begriff der Nebenintervention ignoriert.

Sie kann aber auch zu bedeutenden praktischen Schwierigkeiten führen. Angenommen, der Zessionar des rechtshängigen Anspruchs zediert seinerseits pendente lite wieder den Anspruch an einen Dritten und dieser wieder an einen Vierten. Soll hier der Zedent, der die Zwischenzessionare nicht einmal zu kennen braucht, sich Einreden seitens des Beklagten gefallen lassen aus der Person aller dieser Zwischenzessionare? „Welches Ungetüm von Prozeß würde hier entstehen!“ [38])

Die Lehre von Eccius scheitert — alles in allem — eben daran, daß sie den Prozeß so geführt wissen will, als sei der Zessionar in den Prozeß eingetreten. Damit setzt sie sich in scharfen Gegensatz zu § 265, der den Eintritt des Zessionars verbietet und auf der Basis dieses Verbotes sich auch die prozessuale Behandlung denkt.[39])

V.

Die Irrelevanztheorie vertritt das andere Extrem. Der Zedent ist die normale Partei und konsequenterweise auch zu Vergleich und Verzicht berechtigt. Auch sie baut sich — ebenso wie die Theorie von Eccius — auf der einmal festgelegten Grundlage logisch und folgerichtig auf. Ich glaube, daß die Regelung der Irrelevanztheorie dem Gesetzgeber bei der Kodifikation des § 265 grundsätzlich vorschwebte, daß er aber nicht an die Konsequenzen dachte. Der Gesetzgeber wollte ohne Rücksicht auf die Abtretung den Prozeß weitergehen lassen und

---

[38]) vgl. Lippmann a. a. O. S. 419.
[39]) Über einen weiteren Einwand s. IV N. 44.

bedachte dabei nicht, daß die notwendige Folge einer solchen Regelung ein weiterlaufendes prozessuales Dispositionsrecht des Zedenten sein muß. Es erscheint mir völlig ausgeschlossen, daß die Zivilprozeßordnung dem Zedenten nach der Abtretung noch ein Recht zu Verzicht und Vergleich geben wollte; denn es ist dies unvereinbar mit Abs. 1 des § 265, der klar ausspricht, daß vom Moment der Abtretung an der Zessionar das Subjekt des Anspruchs ist.[40]) Es wäre widersinnig, wenn dann Abs. 2 des Paragraphen diese materielle Stellung des Zessionars wieder untergraben wollte. Erkennt die Rechtsordnung die materielle Berechtigung des Zessionars an, so muß sie unbedingt auch jedem Dritten das Recht absprechen, ohne Zustimmung des Zessionars über den Anspruch zu verfügen. Es ist deshalb das logische Argument, das Reinhardt[41]) gegen die Irrelevanztheorie vorbringt, völlig zutreffend: das Gesetz kann nicht mit der einen Hand ein Recht geben, um es mit der andern wieder zu nehmen. Der Satz: „Die Abtretung hat auf den Prozeß keinen Einfluß" kann lediglich als eine prozessuale, nicht als eine materiell wirkende, d. h. die materielle Stellung des Zessionars beschneidende Bestimmung angesehen werden. Diese prozessuale Bedeutung des ersten Satzes des Abs. 2 geht schon aus der äußeren Gestaltung des § 265 hervor: Abs. 1 wirkt materiell, Abs. 2 prozessual.[42]) Es ist deshalb jede Auffassung unhaltbar, die dem Zedenten nach stattgehabter Zession noch ein Dispositionsrecht über den zedierten Anspruch zuspricht.[43])

Anders ist es bezüglich der Einreden des Beklagten. Sie sind reine prozessuale Verteidigungsmittel. Der lediglich prozessual wirkende Satz: „Die Abtretung hat auf den Prozeß keinen Einfluß" kann zwar nicht sagen, daß das materielle Dispositionsrecht des Zedenten über den Anspruch durch die Abtretung nicht berührt wird; aber er kann sagen und sagt, daß die Verteidigungsmittel des Beklagten durch die Zession nicht alteriert werden. Der Beklagte kann also seine Verteidigungsmittel nicht der Person des Zessionars entnehmen, sondern nur der Person des Zedenten.[44]) Die Frage, ob man dem Beklagten Einreden aus der Person des Zedenten gestatten

[40]) vgl. darüber auch oben I N. 5 und V N. 36.

[41]) vgl. Reinhardt a. a. O. S. 83: s. auch RGE. Bd. 40 S. 343, welches die Ausführungen Reinhardts sich zum Teil wörtlich zu eigen macht.

[42]) vgl. auch Reinhardt a. a. O.

[43]) vgl. oben II N. 16.

[44]) vgl. oben IV N. 39.

darf, die nach Kenntnis der Zession entstanden sind, soll unten [45]) geprüft werden.

Auch die Tatsache, daß der Zessionar als Nebenintervenient zugelassen wird, verträgt sich nicht mit der Irrelevanztheorie. Nimmt man an, daß die Abtretung wegzufingieren sei, so läßt sich nicht erklären, warum dann trotzdem dem Zessionar die Befugnis zugesprochen werden soll, als Nebenintervenient aufzutreten. Existiert für den Richter die Abtretung nicht, so kann er konsequenterweise auch kein rechtliches Interesse des Zessionars anerkennen und muß die Nebenintervention zurückweisen. Schon darin zeigt sich, daß der Gesetzgeber nicht die Absicht hatte, die materielle Rechtslage im Prozeß völlig zu ignorieren.[46])

Überhaupt spricht bei der Regelung der Irrelevanztheorie das Urteil etwas aus, was der materiellen Rechtslage gar nicht entspricht. Es verurteilt zur Leistung an den Zendenten, der nicht mehr Leistung verlangen kann. Und obgleich das Korrektiv im Zwangsvollstreckungsverfahren erfolgt, so ist meines Erachtens ein derartiges Urteil doch höchst bedenklich und — wenn irgendwie angängig — zu vermeiden.[47])

Die notwendige Folge der Irrelevanztheorie ist der von Wach[48]) besonders getadelte Umstand, daß das Urteil auch dann noch auf Leistung an den Zedenten lautet, wenn der Beklagte durch Leistung an den Zessionar sich liberiert hat. Es ist dies ebenfalls ein schweres Bedenken gegen die Irrelevanztheorie, das nicht durch den Hinweis darauf aus der Welt geschafft werden kann, daß der Mangel im Verfahren der Zwangsvollstreckung geheilt wird. Die Rechtsordnung darf dem Richter nicht zumuten, ein bewußt unrichtiges Urteil zu fällen.

---

[45]) vgl. unten VII N. 61.

[46]) vgl. Wach a. a. O. S. 792; Lippmann a. a. O. S. 404.

[47]) Ist das Urteil ein Feststellungsurteil, so fällt das Bedenkliche einer solchen Entscheidung noch mehr in die Augen. Es wird dann festgestellt, daß dem Zedenten der Anspruch zusteht, obwohl die Zession gerichtsnotorisch ist.

[48]) vgl. Wach a. a. O. S. 785. Es ist dies das Hauptargument, das Wach gegen die Irrelevanztheorie vorbringt. Und eigentümlicherweise hat er eine Seite vorher dieses Argument selbst erschüttert. Bei der Besprechung der Ecciusschen Einwände gegen die Irrelevanztheorie streift er auch die Konsequenz dieser Theorie, daß dem Beklagten aus der Person des Zessionars erwachsende Einreden unverwertbar sind. Er findet aber darin nichts Unerträgliches, sondern statuiert vom Standpunkt der Irrelevanztheorie aus für den Schuldner daraus das Recht und die Pflicht, die Rechtsnachfolge nicht zu beachten, also insbesondere an den Zessionar nicht zu zahlen. Auch könnten dem Schuldner Einreden aus der Person des Zessionars für das Stadium der Zwangsvollstreckung reserviert werden.

VI.

Gaupp-Stein stellt den Satz auf,[49]) das Urteil des § 265 habe zur Basis nicht die zur Zeit des Urteils, sondern die zur Zeit der Abtretung vorhandenen tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen. Diesen Satz legt auch Lippmann[50]) seiner Auffassung zugrunde, aber ebenso wie Gaupp-Stein führt er die Konsequenzen dieses Satzes nicht vollständig durch. Weil das Urteil sich aufbaut auf die zur Zeit der Abtretung vorhandenen Voraussetzungen, so nimmt folgerichtig Lippmann an, daß der Prozeß sich lediglich mit der Existenz der Forderung im Moment der Abtretung beschäftigt, ohne daß die Rechtsnachfolge berührt wird. Er zieht aber nicht den daraus resultierenden Schluß. Denn wenn der Prozeß sich nur mit der Existenz der Forderung zur Zeit der Abtretung abgibt ohne Rücksicht darauf, wem die Forderung nunmehr zusteht, so ist die unmittelbare Folge, daß das ergehende Urteil auch nur ein die Existenz der Forderung feststellendes sein kann. Ein Leistungsurteil wäre ein Unding, da ja der Prozeß sich gar nicht um die Frage kümmert, wer Subjekt der Forderung ist. Indem nun Lippmann diesen Schluß nicht zieht, kann er auch nicht vermeiden, daß das ergehende Urteil sich über die materielle Rechtslage hinwegsetzt, und daß insbesondere der Beklagte, obwohl er an den Zessionar gezahlt hat, zur Zahlung an den Zedenten verurteilt wird.

Auf der andern Seite will Lippmann das materielle Recht doch insofern zum Durchbruch kommen lassen, daß er dem Zedenten ein Recht zu prozessualem Vergleich und Verzicht versagt, das für den Zessionar bindend wäre. Er scheut sich jedoch, dem Zedenten überhaupt derartige materiell wirkende Befugnisse abzusprechen. Weil der Zedent die Prozeßobligation zwischen sich und dem Beklagten begründet habe, so müsse ihm auch das Recht zustehen, diese Obligation wieder aufzuheben.[51]) Auch hier fühlt Lippmann das Richtige; er führt aber wiederum die Konsequenzen nicht scharf durch. Wenn Vergleich und Verzicht des Zedenten lediglich prozessuale, die Prozeßobligation auslösende Bedeutung haben, warum nennt dann Lippmann diese Handlungen nicht beim rechten Namen? Es sind dann Vergleich und Verzicht des Zedenten nur als Zurücknahme der Klage gemäß § 271 zu betrachten. Es geht meines Erachtens nicht an, zu sagen: der Zedent hat nach der Zession im Prozeß noch ein Recht zu Vergleich und Verzicht, aber diese Disposition

[49]) vgl. oben § 12 N. 2.
[50]) vgl. Lippmann a. a. O. S. 464 N. 54.
[51]) vgl. Lippmann a. a. O. S. 467 f.

wirkt wie jede Disposition über eine fremde Sache. Ich habe oben[52]) betont, daß die Rechtsordnung beim Abwägen der für und wider die Gestaltung der Streitveräußerung sprechenden Gründe sich auch die Frage vorlegen muß, ob sie überhaupt den Übergang eines Rechtes gestatten soll, dessen Bestrittensein ihr von Amts wegen bekannt ist. Auf keinen Fall aber — glaube ich — darf die Rechtsordnung dem Zedenten ein Verfügungsrecht über den zedierten Anspruch einräumen, obwohl sie ex officio weiß, daß der Zedent den Anspruch abgetreten hat. Es wäre doch ein eigenartiges, das Vertrauen in die Rechtsordnung erschütterndes Verfahren, wenn das Gesetz sagen wollte: Du hast zwar den Anspruch abgetreten, aber gleichwohl darfst du doch darüber verfügen. Triffst du jedoch eine Verfügung, so hat sie nicht die von dir beabsichtigte Wirkung. Warum dieser Zwiespalt, dieses Spielen mit Worten? Der Grund ist durchsichtig: Lippmann will auf jeden Fall eine Prüfung der Rechtsnachfolge vermeiden. Denn würde er dem Zedenten von vornherein ein materiell wirkendes Dispositionsrecht im Prozeß versagen, so wäre, wenn der Zedent bei bestrittener Rechtsnachfolge sich vergleichen oder verzichten wollte, ein Eingehen auf die Frage der Rechtsnachfolge unvermeidlich. Ich habe aber schon oben betont, daß dieser Gesichtspunkt nicht ausschlaggebend sein darf, weil eine Prüfung der Rechtsnachfolgefrage bei jeder Regelung notwendig werden kann.

Lippmann ist dem Richtigen am nächsten gekommen; dem Richtigen, soweit aus dem Gesetzestext überhaupt ein befriedigendes Resultat gewonnen werden kann. Er ist jedoch insofern den Weg nicht zu Ende gegangen, als er dem Urteil über die Existenz des Anspruchs nicht eine lediglich feststellende Bedeutung beimißt. Es finden sich bei der Lippmannschen Auffassung auch sonst noch irrige Anschauungen,[53]) doch sind diese nur die Folge des eben genannten Hauptfehlers.

VII.

Wenn es Aufgabe des Urteils ist, das materiell existente Recht zu sanktionieren, so fragt es sich, wie sich damit die nicht zu bestreitende Tatsache verträgt, daß das Urteil nach dem Willen der Rechtsordnung trotz der sofort wirksamen Zession auf den Zedenten zu stellen ist. Der Gaupp-Steinsche Satz, daß das Urteil die zur Zeit der Abtretung vor-

[52]) vgl. oben § 2 S. 5.
[53]) vgl. unten VII N. 61.

handenen tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen sich zugrunde zu legen hat, zeigt hier den einzig möglichen Weg.

Die materielle Rechtslage muß respektiert werden. Die Abtretung hat auf den Prozeß nur insoweit keinen Einfluß, als sich dies mit dem materiellen Recht verträgt. Der Zessionar ist vom Moment der Abtretung an Subjekt des Anspruchs; darum kann das Urteil nicht mehr auf Leistung an den Zedenten lauten. Diese Konsequenz ist unumgänglich. **Wenn aber trotzdem der Zedent noch als Kläger behandelt werden soll und das Urteil auf ihn zu stellen ist, so kann es sich lediglich um die materielle Stellung des Zedenten bis zur Abtretung handeln.** Es ist oben[54]) der Satz aufgestellt worden, daß die Rechtsordnung die Existenz des Anspruchs bezüglich seiner Abtretungsmöglichkeit so lange fingiert, bis im Prozeß das Bestehen oder Nichtbestehen des Anspruchs im Zeitpunkt der Abtretung deklariert wird. Schon hier zeigt sich die Aufgabe des Prozesses im Falle des § 265: er soll feststellen, ob der Anspruch im Moment der Abtretung dem Zedenten zustand. Der Zedent bleibt Partei im normalen Sinn,[55]) und er verficht seinen eigenen Anspruch weiter, aber seine Stellung ist gleichsam eine historische. Er kämpft darum, daß ihm im Moment der Abtretung der Anspruch zustand, und die Aufgabe des Prozesses ist lediglich festzustellen, ob im Zeitpunkt der Abtretung der Zedent Subjekt des Anspruchs war. Das Urteil schafft hier historisches Recht, das aber durch seine Wirksamkeit für und gegen den Rechtsnachfolger aktuelle Bedeutung erhält. Deshalb lehnt es auch die Rechtsordnung ab, im Falle des Abs. 3 des § 265 dem Zedenten noch das Recht zu einer Fortführung des Rechtsstreits einzuräumen. Denn hier wäre die Entscheidung lediglich von historischem Wert; das ausgleichende Moment der Wirksamkeit für und gegen den Rechtsnachfolger ist hier nicht gegeben.[56])

Das Ziel des Prozesses ist für den Zedenten vom Moment der Abtretung an ein anderes. Er verlangt nicht mehr Leistung, er verlangt vielmehr Feststellung dahin, daß ihm im Zeitpunkt der Abtretung der Anspruch zustand.[57]) Und der Zedent hat ein erhebliches Interesse an der Feststellung, daß ihm der Anspruch zustand wegen der zivilrechtlichen Ersatzfrage.[58]) Denn der Zedent muß — wenn sich die Nichtexistenz des abgetretenen

---

[54]) vgl. oben I S. 41.
[55]) vgl. oben III N. 17.
[56]) vgl. auch unten N. 59.
[57]) Über die Zulässigkeit einer solchen Änderung vgl. Gaupp-Stein zu § 268 I B N. 37.
[58]) vgl. auch RGE. Bd. 40 S. 345.

Anspruchs ergibt — darauf gefaßt sein, daß der Zessionar sich schadlos hält und die Bereicherungsklage anstrengt, falls er dem Zedenten für den abgetretenen litigiösen Anspruch bereits eine Gegenleistung gemacht hat. Dagegen entfällt dieses Interesse des Zedenten dann, wenn der Zessionar ohne Rücksicht auf die Berechtigung des Zedenten den Anspruch erworben hat. Hier kann deshalb auch aus diesem Grunde[59]) dem Zedenten vom Beklagten der Einwand entgegengesetzt werden, daß er zur Geltendmachung des Anspruchs nicht mehr befugt sei.

Weigert sich der Zedent, auf Feststellung zu klagen, obwohl der Richter gemäß § 139 ZPO. eine Modifizierung seines Antrags anregt, so ist die Klage abzuweisen. Denn es liegt durchaus keine Veranlassnng vor, dem Zedenten, der trotz seiner Orientierung seitens des Richters auf seinem materiell unzulässigen Antrag beharrt, irgendwie entgegenzukommen. Das widerspricht auch nicht dem Abs. 3 des § 265, der die Bedeutung hat, daß in den dort ins Auge gefaßten Fällen der Zedent den Anspruch überhaupt nicht mehr geltend machen kann, auch nicht als Feststellungsanspruch.

Bei meiner Auffassung wird einer der häufigsten Vorwürfe ausgeschaltet, die gegen die Irrelevanztheorie erhoben werden: das Urteil setze sich in Konflikt mit der materiellen Rechtslage; es spreche dem Zedenten etwas zu, worauf dieser infolge der Zession gar keinen Anspruch mehr habe. Bei der von mir vorgeschlagenen Regelung hat das ergehende Urteil lediglich die feststellende Bedeutung, daß im Zeitpunkt der Abtretung dem Zedenten der Anspruch zustand; es hat nicht die Bedeutung, daß der Zedent jetzt noch Leistung verlangen kann. Der Zedent kann, da das zu seinen Gunsten ergehende Urteil Feststellungsurteil und deshalb nicht vollstreckungsfähig ist, nicht vollstrecken.

Läßt sich dagegen der Rechtsnachfolger gemäß § 727 ZPO. eine vollstreckbare Ausfertigung des auf den Zedenten gestellten Urteils erteilen, so spricht alles dafür, den Grundsatz der Unvollstreckbarkeit eines Feststellungsurteils — der übrigens im Gesetz nirgends festgelegt ist — zu durchbrechen. Denn das Urteil wirkt nur in Ansehung des Zedenten als Feststellungsurteil; sobald der Zessionar seine Ansprüche aus dem Urteil geltend macht, wirkt es als Leistungsurteil. Denn sobald festgestellt ist, daß dem Zedenten im Zeitpunkt der Abtretung der geltend gemachte Anspruch zustand, und sobald die Rechts-

[59]) vgl. auch oben N. 56.

nachfolge des Zessionars feststeht, ergibt sich ohne weiteres, daß der Beklagte an den Zessionar zu leisten hat.

Noch ein weiterer Vorteil läßt sich erzielen. Hat der Beklagte pendente lite und nach seiner Kenntnis von der Abtretung an den Zessionar geleistet oder sonstige Dispositionen mit ihm getroffen, so ist das Interesse des Zedenten an der Feststellung darüber, daß ihm im Moment der Abtretung der Anspruch zustand, erloschen. Denn er braucht jetzt einen Rückgriff des Zessionars nicht mehr zu fürchten. Der Beklagte kann daher beantragen, die Feststellungsklage des Zedenten wegen mangelnden Interesses abzuweisen, und es ist lediglich über die Kostenfrage zu entscheiden.

Hat dagegen der Schuldner sonstige Einwendungen gegen den Zessionar — insbesondere eine kompensible Gegenforderung —, so muß er mit ihrer Geltendmachung warten, bis der Zessionar die Zwangsvollstreckung betreibt. Erst im Verfahren der Zwangsvollstreckung ist Raum für die Verteidigungsmittel gegen den Zessionar.[60])

Weil es sich für den Prozeß lediglich um die Frage handeln kann, ob der Anspruch dem Zedenten im Zeitpunkt der Abtretung zustand, so wird die Sachlage fixiert durch den Zeitpunkt der Abtretung. Eine Weiterentwicklung darf nicht gestattet werden. Alles, was nach der Zession geschieht, ist für den Prozeß zwischen Zedent und Schuldner belanglos. Es kann deshalb auch der Beklagte eine Gegenforderung an den Zedenten aus der Zeit nach der Zession nicht mehr geltend machen; denn dadurch wäre der Tatbestand, wie er im Zeitpunkt der Abtretung vorlag, alteriert. In dieser Beziehung befindet sich auch Lippmann in einem Irrtum.[61])

Ein Recht des Zedenten zu prozessualem Vergleich und Verzicht kann nicht anerkannt werden. Denn der Zedent ist nicht mehr Herr des Anspruchs.[62]) Er kann auch nicht mit Zustimmung des Zessionars derartige Akte vornehmen, da der Prozeß ein Prozeß des Zedenten, nicht ein Prozeß des Zessionars ist.[63]) Erklärt der Zedent, gleichwohl zu verzichten oder sich zu vergleichen, so ist dem lediglich — wie ich schon oben andeutete[64]) — die Bedeutung einer Klagerücknahme zuzusprechen.

---

[60]) Ich komme also bezüglich der Einreden des Schuldners im Erfolg — wenn auch aus ganz anderen Gründen — auf die Meinung Wachs.

[61]) vgl. Lippmann a. a. O. S. 499 Nr. 2.

[62]) vgl. auch oben V N. 43.

[63]) Dagegen kann der Zessionar gemäß § 794 Nr. 1 ZPO. selbst den Vergleich abschließen.

[64]) vgl. oben VI S. 56.

Der Zedent dokumentiert damit nur, daß er den Anspruch nicht weiter verfolgen will. Materielle Wirksamkeit können seine Handlungen nicht haben. Sieht man aber Vergleich und Verzicht des Zedenten als Klagezurücknahme im Sinne von § 271 ZPO. an, so steht nichts mehr im Wege, daß nunmehr der Zessionar selbst seinen Anspruch verfolgt.

Auch die Zulassung des Zessionars als Nebenintervenient fügt sich konsequent ein[65]): der Prozeß bewegt sich nur um den Tatbestand bis zum Moment der Abtretung, er ist — wie betont — ein Prozeß des Zedenten; es kann daher dem Zessionar nicht das Recht eingeräumt werden, in diesem für ihn fremden Prozeß Hauptpartei zu werden; ebensowenig kann er, da ja der Prozeß sich nur um die Frage dreht, ob dem Zedenten im Zeitpunkt der Abtretung der Anspruch zustand, eine Hauptintervention erheben. Weil aber das Urteil auch für und gegen den Zessionar wirkt, hat er ein rechtliches Interesse daran, daß der Zedent siege, und es ist ihm deshalb die Nebenintervention zu gestatten.

Schließlich erklärt sich auch die Bestimmung, die das Gesetz bezüglich der Kosten getroffen hat, auf der Basis meiner Auffassung am einfachsten. Abs. 3 des alten § 236 normierte, daß die Entscheidung in Ansehung der Sache selbst gegen den Rechtsnachfolger wirksam und vollstreckbar sein solle. Es sollte damit — wie die Motive ausdrücklich hervorheben — die Kostenpflicht dem Zedenten für den Fall einer ihm ungünstigen Entscheidung aufgebürdet werden. § 325 ZPO. n. F. hat nun allerdings das „in Ansehung der Sache selbst" weggelassen. Da jedoch die neue Fassung — wie schon oben betont wurde[66]) — sachliche Änderungen nicht bezweckt, so muß man § 325 ZPO. restriktiv im Sinne der alten Zivilprozeßordnung interpretieren.[67]) Wie erklärt sich diese Belastung des Zedenten mit den Prozeßkosten? Es ist so lange erklärlich, als der Zedent um seinen eigenen Anspruch kämpft. Ist es aber billig, ihn auch mit den Kosten zu belasten, die nach der Abtretung entstehen? Nimmt man an, daß der Zedent den Prozeß in stofflicher Beziehung nur bis zum Zeitpunkt der Abtretung führt, so erklärt sich die Belastung leicht. Weil der Prozeß nur die Aufgabe hat, festzustellen, ob dem Zedenten bei der

---

[65]) Über die Schwierigkeiten, die sich bezüglich der Zulassung der Nebenintervention bei andern Auslegungen ergeben, vgl. oben IV S. 52.

[66]) vgl. oben § 3 N. 1.

[67]) Ebenso Seuffert zu § 325, 4b; Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft S. 134f.; Petersen zu § 325 N. 3; and. M. Gaupp-Stein zu § 325 II N. 24; Rechtspr. d. OLG. Bd. 5 S. 61.

Abtretung der Anspruch zustand, so ergibt sich von selbst die Pflicht des Zedenten zur Tragung der Kosten.

Nach dem bisher Gesagten ist es klar, daß eine Widerklage nur gegen den Zedenten erhoben werden kann und nur insoweit, als der Anspruch, auf dem sie beruht, im Moment der Abtretung bereits entstanden war.

Ich habe schon oben[68]) gelegentlich angedeutet, daß meine Auslegung des § 265 der Gesetzgeber wohl kaum im Auge hatte. Ich halte jedoch diese Regelung für diejenige, welche den materiellen und prozessualen Vorschriften am ersten gerecht wird. Sie gibt, wenn die Rechtsnachfolge unbestritten ist, eine glatte, jeder Komplikation gewachsene Lösung.

Ist die Rechtsnachfolge streitig, so läßt sich eine Untersuchung der Rechtsnachfolgefrage unter keinen Umständen vermeiden.[69]) Hier also widerspricht meine Auffassung den Motiven, die ausdrücklich einen Streit über die Rechtsnachfolgefrage ausschalten wollen.[70]) Wie ich jedoch schon mehrfach betont habe,[71]) ist ein solcher Streit wegen der Zulassung des Zessionars als Nebenintervenient überhaupt nicht zu verhindern. Der Gesetzgeber war sich über die Konsequenzen des § 265 selbst nicht klar. Es ist aber wohl richtiger, eine dem Rechtsempfinden entsprechende Regelung zu suchen, als mit Rücksicht auf einen doch nicht durchführbaren Satz der Motive die materielle Rechtslage zu ignorieren. Daß einerseits das Urteil auf den Zedenten zu lauten hat und andererseits die Abtretung sogleich vollwirksam ist, geht aus dem Wortlaut des Gesetzes hervor.[72]) Daß aber ein Streit über die Rechtsnachfolge vermieden werden soll, ist im Gesetzestext selbst nicht ausgesprochen. Bei einer Kollision dieser Gesichtspunkte muß selbstverständlich der lediglich in den Motiven ausgesprochene weichen.

Man kann für die Vermeidung einer Prüfung der Rechtsnachfolgefrage zwei Gründe anführen. Zunächst soll dem Beklagten nicht zugemutet werden, einem geänderten Prozeßthema gegenüberzustehen. Als der Prozeß angestrengt wurde, handelte es sich lediglich darum, ob dem Zedenten der Anspruch zustehe; Weiteres soll ohne Zustimmung des Beklagten nicht in den Prozeß hineingetragen werden dürfen. Man übersieht dabei, daß der Beklagte stets selbst die Veranlassung zu einer Erörterung

---

[68]) vgl. oben V S. 53.
[69]) vgl. auch oben IV S. 52.
[70]) vgl. oben IV N. 34.
[71]) vgl. oben IV S. 52 und VI S. 57.
[72]) vgl. oben IV S. 51 und I N. 5 und V N. 40.

der Rechtsnachfolge ist. Denn behauptet der Zedent, er habe den Anspruch abgetreten, so kann der Beklagte die Perpetuierung des Prozeßthemas einfach dadurch erreichen, daß er die Abtretung nicht bestreitet. Bestreitet er sie aber, so muß er mit einer Prüfung der Rechtsnachfolgefrage auch einverstanden sein. Macht dagegen der Zedent den Anspruch geltend, ohne eine Abtretung zu behaupten, so ist ebenfalls nur die Aufstellung des Beklagten, daß eine Abtretung erfolgt sei, die Veranlassung für eine Erweiterung des Prozeßthemas.

Weiter aber hält man es für ein Unding, daß die Abtretung des Anspruchs erörtert wird, ohne daß seine Existenz feststeht. Dieser Einwand ist richtig; er fällt aber auf den Gesetzgeber zurück, der die sofort wirksame Abtretung eines Anspruchs gestattet, dessen Existenz zweifelhaft ist. Das Gesetz fingiert die Existenz des Anspruchs bezüglich seiner Abtretungsmöglichkeit. Deshalb kann auch die Abtretung vor der Existenz geprüft werden.

Ist also die Rechtsnachfolge bestritten, so hat zunächst eine Untersuchung darüber zu erfolgen, ob der Anspruch abgetreten wurde. Zeigt sich, daß eine Abtretung erfolgt ist, so geht der Prozeß in den gleichen Bahnen weiter wie bei der unbestrittenen Rechtsnachfolge: es wird festgestellt, ob dem Zedenten der Anspruch im Moment der Abtretung zustand. Ergibt sich aber, daß eine Abtretung nicht erfolgt ist, so kommt § 265 überhaupt nicht zur Anwendung, und der Kläger führt den normalen Prozeß.

§ 19.

Die Stellung des Rechtsnachfolgers.

§ 265 Abs. 2 verbietet einen ohne Zustimmung des Beklagten erfolgenden Eintritt des Zessionars in den schwebenden Prozeß. Es ergibt sich die Frage, ob es dem Rechtsnachfolger auch versagt ist, seinen Anspruch in einem selbständigen, von dem Prozeß des Zedenten unabhängigen Rechtsstreit geltend zu machen. Tatsächlich will Endemann dem Zessionar gestatten, in einem selbständigen Prozeß seinen Anspruch zu verfolgen.[1])

Dagegen spricht jedoch ein gewichtiger Grund. Es wäre sehr mißlich, hier die unglückliche Argumentation anzuwenden: Weil die selbständige Geltendmachung des Anspruchs nicht verboten ist, ist sie erlaubt. Scire leges non est verba tenere, sed

[1]) Endemann, Komm. z. ZPO. zu § 236.

vim ac potestatem. Der Gesetzeswille ist entscheidend. Der Gesetzeswille aber ist zweifellos — und unbestritten — darauf gerichtet, die Lage des Beklagten nicht zu verschlechtern. Es soll dem Beklagten nicht zugemutet werden, auf einmal einem neuen Prozeßgegner gegenüberzustehen. Deshalb behandelt das Gesetz den Zedenten weiter als Kläger. Welchen Sinn soll es nun haben, daß das Gesetz einerseits einen Eintritt des Zessionars ohne Zustimmung des Beklagten untersagt, andererseits aber dem Beklagten zumutet, in einem selbständigen Prozeß dem Zessionar Rechenschaft zu geben. Hier wäre die Lage des Beklagten eine noch viel schlechtere als beim Eintritt des Zessionars in den schwebenden Prozeß: der Beklagte müßte sich in zwei Prozessen und verschiedenen Personen gegenüber verteidigen.

Man kann noch einen zweiten Grund gegen die Auffassung Endemanns geltend machen, und die herrschende Theorie macht ihn auch geltend. Man sagt: der Rechtsnachfolger kann schon um deswillen seinen Anspruch nicht selbständig verfolgen, weil ihm die Einrede der Rechtshängigkeit entgegensteht.

§ 263 Abs. 2 Nr. 1 ZPO. lautet:

„Die Rechtshängigkeit hat folgende Wirkung: Wenn während der Dauer der Rechtshängigkeit von einer Partei die Streitsache anderweit anhängig gemacht wird, so kann der Gegner die Einrede der Rechtshängigkeit erheben".

Die Bestimmung spricht lediglich von den Parteien, sie spricht nicht von denjenigen, für und gegen welche das Urteil wirksam ist. Es fragt sich, ob die Rechtsordnung absichtlich und bewußt bei dem Wort „Partei" einen der Fassung des § 325 ZPO. entsprechenden Zusatz weggelassen hat, oder ob hier ein Redaktionsfehler vorliegt und § 263 ZPO. ausdehnend interpretiert werden muß. Im Zweifel wird man zunächst annehmen müssen, daß der Gesetzgeber die Bestimmung absichtlich weggelassen hat. Warum aber?

Bei der Auffassung, die ich von § 265 habe, erklärt sich dies leicht: das Urteil, das der Zedent nach der Abtretung begehrt, hat einen ganz anderen materiellrechtlichen Inhalt als dasjenige, das der Zessionar in einem selbständigen Prozeß begehren würde. Für den Zedenten handelt es sich allein um die Feststellung, daß ihm im Augenblick der Abtretung der geltend gemachte Anspruch zustand; für den Zessionar handelt es sich um die Feststellung, daß ihm im Zeitpunkt der Urteilsfällung der Anspruch zusteht, und um Verurteilung zur Leistung dieses Anspruchs. Wenn also der Prozeß des Zedenten schwebt und der Zessionar begehrt nunmehr den Anspruch für sich, so kann

der Beklagte ihm den Einwand der Rechtshängigkeit nicht entgegensetzen. Einmal sind in den beiden Prozessen die Rechtsschutzziele verschieden — der Zedent verlangt positive Feststellung, der Zessionar Verurteilung[2]) —; zum andern ist auch der abzuurteilende Tatbestand verschieden — dem Urteil im Prozeß des Zedenten ist der Tatbestand zur Zeit der Abtretung zugrunde zu legen, dem Urteil im Prozeß des Zessionars derjenige zur Zeit der Erlassung des Urteils.

So ergibt sich, daß man gegen eine selbständige Geltendmachung des Anspruchs von seiten des Zessionars nur den ersten Grund anführen kann: Wenn der Zessionar nicht einmal in den schwebenden Prozeß eintreten darf, so muß erst recht verboten sein, daß der Zessionar selbständig seinen Anspruch verficht. Es ist deshalb Hellwig recht zu geben, der dem Beklagten gegen den selbständig auftretenden Zessionar die Einrede der Rechtshängigkeit versagt, ihm aber eine gleichwertige Prozeßeinrede gibt.[3]) Es wäre dies eben die Einrede der verschlechterten Prozeßlage.

Will der Zessionar in den schwebenden Prozeß eintreten, so bedarf er vor allem der Zustimmung des Beklagten. Er bedarf aber auch der Zustimmung des Zedenten. Seuffert bestreitet dies;[4]) er hält eine Zustimmung des Rechtsvorgängers nicht für erforderlich, wenn der Rechtsvorgänger die Rechtsnachfolge zugesteht. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, daß der Zedent nach der Abtretung kraft gesetzlichen Willens Partei bleibt und deshalb auch aus dieser Stellung nur ausscheiden kann, wenn ihm vom Beklagten nach Abs. 3 des § 265 der Einwand entgegengesetzt wird, daß er zur Geltendmachung nicht mehr befugt sei, oder wenn er wegen Nichtänderung seines Leistungsantrages abgewiesen wird.[5]) Ohne daß ein solcher — die Parteiqualität des Zedenten sachlich erschütternder — Grund vorliegt, kann der Zedent aus seiner Klägerrolle nicht verdrängt werden. Schon deshalb nicht, weil er — wie oben gezeigt wurde[6]) — ein erhebliches Interesse daran hat, daß er mit seinem Feststellungsanspruch durchdringe.

---

[2]) Klagt der Zessionar ebenfalls auf Feststellung, so ist nur der abzuurteilende Tatbestand verschieden.

[3]) vgl. Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 178f.; Lehrb. Bd. I S. 188; ebenso Seuffert zu § 263 Ib Abs. 3; Ullmann, Arch. f. d. ziv. Prax. Bd. 91 S. 401; and. M. die herrschende Ansicht; vgl. z. B. Gaupp-Stein zu § 263 II A N. 21; RGE. Bd. 46 S. 320.

[4]) vgl. Seuffert zu § 265, 5 b.

[5]) vgl. oben S. 59.

[6]) vgl. oben VII N. 58.

Die Voraussetzung für den Eintritt des Rechtsnachfolgers in den schwebenden Prozeß ist demnach der übereinstimmende Wille des Zedenten, des Schuldners und des Zessionars.[7]) Denn auch der Zessionar ist nicht verpflichtet, in den Prozeß einzutreten, wie sich argumento e contrario aus § 266 ergibt, der diese Verpflichtung des Rechtsnachfolgers ausdrücklich ausspricht. Wenn also einer der drei Interessenten sich weigert, kann ein Eintritt des Zessionars nicht erfolgen. Versucht der Zessionar trotz Widerspruchs des Beklagten oder des Zedenten, als Hauptpartei oder als Hauptintervenient im Prozeß aufzutreten, so ist er durch Endurteil abzuweisen.[8])

Die Übernahmeerklärung hat in der mündlichen Verhandlung zu geschehen. Die Zustellung eines Schriftsatzes ist nicht ausreichend. Es liegt keine Veranlassung vor, die Bestimmung des § 258 ZPO. auf die Übernahmeerklärung des Rechtsnachfolgers analog anzuwenden. Diese Bestimmung spricht nur davon, daß die Aufnahme eines unterbrochenen oder ausgesetzten Verfahrens und die damit zusammenhängende Anzeige durch Zustellung eines Schriftsatzes erfolge. Es besteht aber kein Grund, dann, wenn das Verfahren ohne Unterbrechung weiterläuft, den Grundsatz der Mündlichkeit zu durchbrechen.[9])

Erklärt der Zessionar in der mündlichen Verhandlung seine Übernahme des Prozesses, ohne daß der Beklagte widerspricht, so hat damit der Beklagte sein Widerspruchsrecht nicht verwirkt, da § 295 ZPO. hier nicht zutreffen kann.[10])

Sind die Voraussetzungen für den Eintritt des Zessionars gegeben und tritt der Zessionar in den Prozeß ein, so scheidet der Zedent völlig aus. Der Zessionar tritt in jeder Beziehung in die prozessuale Stellung ein, die der Zedent beim Austritt innehatte. Alle Prozeßhandlungen des Zedenten sind für den Zessionar bindend.[11]) Anderer Meinung ist Lippmann,[12]) der annimmt, daß der Zessionar und der debitor cessus freie Hand

---

[7]) And. M. Lippmann, der das Prozeßfortführungsrecht des Zedenten für eine Pflicht hält und demgemäß den übereinstimmenden Willen des Zessionars und des Beklagten genügen läßt, um den Zedenten aus seiner Klägerstellung zu weisen (vgl. Lippmann a. a. O. S. 439).

[8]) vgl. RGE. Bd. 46 S. 320, Bd. 58 S. 101.

[9]) Ebenso Gaupp-Stein zu § 265 VI, 1 N. 46; Seuffert zu § 265, 5b; RGE. Bd. 35 S. 291; and. A. Kohler, Zeitschr. f. Zivilpr. Bd. 12 S 131.

[10]) vgl. RGE. Bd. 35 S. 391.

[11]) Ebenso Kohler, Prozeß als Rechtsverhältnis S. 83ff., Zeitschr. f. Zivilpr. Bd. 12 S. 121ff.; Franck, Zeitschr. f. Zivilpr. Bd. 13 S. 219ff.

[12]) vgl. Lippmann a. a. O. S. 476ff.

darüber haben, unter welchen Bedingungen der Eintritt des Zessionars erfolgen soll und was sie von den Prozeßhandlungen „des ersten Prozesses“ als für sich bindend gelten lassen wollen. Lippmann schließt dies aus der verschiedenen Fassung der §§ 265 u. 266 ZPO. § 265 sage nur: „den Prozeß an Stelle des Rechtsvorgängers übernehmen“, § 266 dagegen: „den Rechtsstreit in der Lage, in der er sich befindet, zu übernehmen“. Es sei doch wohl nicht anzunehmen, daß die Zivilprozeßordnung in zwei aufeinanderfolgenden Paragraphen für dieselbe Sache verschiedene Ausdrucksformen gewählt habe. Diese Argumentation geht meines Erachtens zu weit. § 265 sagt auch z. B. „Prozeß“, § 266 „Rechtsstreit“, und doch ist hier zweifellos dieselbe Sache gemeint. Was soll überhaupt unter einer Übernahme des Prozesses verstanden werden und welchen Zweck soll sie haben, wenn die Interessenten die sämtlichen Prozeßhandlungen, die vor der Übernahme erfolgten, für den Prozeß zwischen Zessionar und Beklagtem ausschließen können? Ganz abgesehen davon, daß die Motive, wenn die Übernahme des Prozesses nach dem Willen der Rechtsordnung im Fall des § 265 einen andern Charakter haben sollte als im Fall des § 266, dies sicher nicht mit Stillschweigen übergangen hätten.

Da der Zessionar völlig in die prozessuale Stellung des Zedenten eintritt, so hat auch die Entscheidung bezüglich der gesamten Kosten auf ihn zu lauten. Dringt also der Zessionar mit der Klage durch, so werden ihm sämtliche Kosten ersetzt, auch diejenigen, die dem Zedenten erwachsen sind. Ob der Zedent für die ihm entstandenen Kosten einen Erstattungsanspruch hat, bestimmt sich nach bürgerlichem Recht.[13])

Die materielle Rechtslage soll im Prozeß nicht so weit ignoriert werden, daß dem Zessionar auch der Beitritt als Nebenintervenient versagt wird. Immerhin ist auch hier das Grundprinzip der Zession aufrechterhalten: die Lage des debitor cessus soll nicht verschlechtert werden; er soll nicht einem neuen Kläger gegenüberstehen. Deshalb ist dem Nebenintervenienten versagt, Prozeßhandlungen vorzunehmen, die dem Willen des Zedenten widersprechen. Obwohl wegen des § 325 ZPO. die Voraussetzung des § 69 ZPO. vorläge, darf der Zessionar nicht als streitgenössischer Nebenintervenient auftreten. Seine prozessualen Handlungen sind nur insoweit relevant, als sie mit den Handlungen des Zedenten nicht kontrastieren.[14]) Ebenso

---

[13]) vgl. Gaupp-Stein zu § 265 VI, 1 N. 48; Stier-Somlo, Arch. f. bürgerl. R. Bd. 17 S. 292ff.

[14]) vgl. RGE. Bd. 20 S. 422; and. M. Planck, Lehrb. Bd. 2 S. 751.

liegt es, wenn jemand in einem Prozeß dem Kläger als Nebenintervenient beigetreten war und der Kläger pendente lite den geltend gemachten Anspruch an den Nebenintervenienten abgetreten hat. Hier verändert sich die Stellung des Nebenintervenienten nicht.[15])

Es entsteht schließlich die Frage, ob auch in den Fällen des Abs. 3 des § 265 dem Erwerber des Anspruchs die Erhebung einer Hauptintervention ohne Zustimmung des Gegners versagt ist. Die Rechtsordnung verbietet dem Zessionar deshalb die Hauptintervention, weil es dem Zedenten auf keine Weise möglich sein soll, dem Beklagten einen neuen Gegner gegenüberzustellen. Das zwischen dem Zedenten und dem Beklagten begründete Prozeßverhältnis soll auch zwischen diesen seine Lösung finden. Der Zessionar soll nicht befugt sein, selbständig[16]) auf die Prozeßobligation zwischen Zedent und Beklagtem einzuwirken. In den Fällen des Abs. 3 des § 265 kann daher nur der Beklagte durch den ihm gesetzlich gestatteten Einwand der mangelnden Aktivlegitimation die Auslösung des Prozeßverhältnisses veranlassen. Dem Zessionar steht die Erhebung der Hauptintervention nicht zu.[17])

Als streitgenössischer Nebenintervenient kann der Zessionar ebenfalls nicht auftreten, weil die Voraussetzung des § 69 ZPO. nicht vorliegt. Das ist ja gerade für Abs. 3 des § 265 charakteristisch, daß hier das Urteil für und gegen den Rechtsnachfolger nicht wirkt.

---

[15]) vgl. JurW. 1900 S. 48f.

[16]) Wohl aber als Nebenintervenient.

[17]) Ebenso Gaupp-Stein zu § 265 VI, 3 N. 52; and. M. Seuffert zu § 265 N. 6.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.